Die Grundsätze des Verfolgungszwanges und der Verfolgungsfreiheit

(Legalitäts- und Opportunitätsprinzip)

im deutschen Strafprozeß

unter besonderer Berücksichtigung
der nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung.

ABHANDLUNG

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

WERNER STRATMANN
Gerichtsreferendar
aus Remscheid.

1 9

3 8

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DUSSELDORF

Angenommen auf Bericht
des Professors Dr. Graf zu Dohna.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-VERZEICHNIS.

§ 1. **Einleitung:** Begriff und Bedeutung der beiden Grundsätze . . 1
1. Begriff und Abgrenzung 1
2. Die Bedeutung der Grundsätze 4
a) für das prozessuale und das materielle Strafrecht . . 4
b) in staatsrechtlicher und politischer Hinsicht . . . 7

I. Teil: Die Entwicklung der Grundsätze in der Geschichte des deutschen Strafprozesses und der Bestrebungen zu seiner Reform 9
§ 2. 1. Die Entwicklung bis zur Entstehung der deutschen Strafprozeßordnung 9
§ 3. 2. Die Reformbestrebungen bis 1923 und ihre leitenden Grundgedanken 14
§ 4. 3. Die VO. vom 4. 1. 1924 und die späteren Einschränkungen des Legalitätsprinzips 21

II. Teil: Das geltende Recht 25
A. Das Legalitätsprinzip nach § 152 Abs. 2 StPO.
§ 5. 1. Inhalt und Ausübung des Legalitätsprinzips 25
§ 6. 2. Das Legalitätsprinzip und die Anweisungsbefugnis der vorgesetzten Stellen, insbesondere des Justizministers . . . 36
§ 7. 3. Die Gewährleistung des Legalitätsprinzips 42
B. Das Opportunitätsprinzip 44
§ 8. 1. Das Opportunitätsprinzip auf außerstrafprozessualem Gebiet 44
§ 9. 2. Das Privatklageverfahren 46
3. § 153 StPO. 48
§ 10. a) Das Opportunitätsprinzip bei Übertretungen . . . 49
§ 11. b) Die Polizeibehörden und das Opportunitätsprinzip . . 53
§ 12. c) Das Opportunitätsprinzip bei Vergehen 55
§ 13. d) § 153 Abs. 3 StPO.: Einstellung durch das Gericht als Fernwirkung des Opportunitätsprinzips 58
§ 14. 4. Opportunität bei zivil- und verwaltungsrechtlichen Vorfragen, § 3 Kap. I 6. Teil NotVO. vom 6. 10. 1931 60
§ 15. 5. § 154 StPO. 61
§ 16. 6. § 154a StPO. 65
§ 17. 7. § 154b StPO. als Vorläufer der geplanten nationalsozialistischen Strafrechtsreform 67

III. Teil: Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in der nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung 71
§ 18. Die bisherigen Einschränkungen des Legalitätsprinzips . . 71
§ 19. Opportunitätsbestimmungen im Wirtschaftsstrafrecht . . . 76
§ 20. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im künftigen Strafprozeß 78

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546406_0116

LITERATURVERZEICHNIS.

I. Lehrbücher, Kommentare und Sammelwerke.

Aschrott: Die Reform des Strafprozesses, Kritische Besprechung der Vorschläge der Reformkommission, auf Veranlassung der IKV., Berlin 1906 (zit. Aschrott).

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin 1928.

Bennecke: Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, Breslau 1895.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, Breslau 1900.

Binding: Normen, 2. Aufl. Bd. I.

— Handbuch des Strafrechts I, 1885.

— Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl., Leipzig 1904.

Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

Brand: Reichsbeamtengesetz, Kommentar, Berlin 1902.

— Die Preußischen Dienststrafordnungen, Berlin 1935.

Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1929.

Drews: Preußisches Polizeirecht, Allg. Teil, 1929.

Doerr: Grundriß des Strafprozeßrechts, 1927.

Feisenberger: Strafprozeßordnung und GVG. 1926.

Frank: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.

— Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Nachtrag (Schäfer-Dohnanyi) 1935.

Wilh. Franzen: Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, 1932 Greifswald.

Gerland: Der Deutsche Strafprozeß, 1927.

Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880.

Glaser: Handbuch des Strafprozesses, I. Bd., Leipzig 1883, II. Bd., Leipzig 1885.

— Ges. kleine Schriften (Das Prinzip der Strafverfolgung), 1862.

v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Berlin 1879; darin Bd. I, S. 430 Fuchs (Vorverfahren); Bd. II, S. 587 v. Schwarze (Strafgerichtsverfassung des Deutschen Reiches).

v. Hippel: Deutsches Strafrecht, Bd. II, Berlin 1930.

John: StPO. für das Deutsche Reich, Erlangen I. Band 1884, II. Band 1888.

Kiesow: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 1925.

v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.

Kohlrausch: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1925.

(Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, III. Bd., Tübingen 1913.)

v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1912.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl.

Löwe: Die StPO. für das Deutsche Reich nebst GVG., Kommentar, 3. Aufl. 1882.

Löwe-Rosenberg: 19. Aufl. 1934 (Löwe-R.).

— Ergänzungsband zur 19. Aufl. von 1935.

von Marck-Kloss-Schwedersky: Die Staatsanwaltschaft, 2. Aufl., Berlin 1903.

Mewes: Das Strafverfahren nach der Strafprozeßordnung v. 1. 2. 1877, 2. Aufl. 1888.

Puchelt: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1881.

(Rosenfeld: Der Reichs-Strafprozeß, 4. u. 5. Aufl., Berlin 1912.)

Sauer: Die Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.

Schäfer-Hartung: Strafrecht und Strafprozeß, II. Teil: Strafprozeß, 1924.
v. Schwarze: Kommentar zur deutschen Strafprozeßordnung, Leipzig 1878.
Schwarz: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1928.
Stenglein: Kommentar zur Strafprozeßordnung, München 1889.
Thoma: Der Polizeibefehl im Badischen Recht, I. Teil, Tübingen 1906.
Thoma: in Anschütz-Thoma: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1932.
Ullmann: Lehrbuch der deutschen Strafprozeßrechts, München 1893.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, III. Bd. 1928.
v. Stengel: Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, I. Bd. Freiburg 1890.
Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. III.
Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. 1935.

II. Abhandlungen und kleinere Werke.

v. Ammon, W.: Der bindende rechtswidrige Befehl, Breslau 1926. (Strafr. Abhandl. 217).
Aschrott: Generalreferat bei Aschrott.
— Der Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum GVG., kritisch besprochen in „Beiträge zur Reform des Strafpr." herausgeg. von Adickes-Aschrott usw. Bd. I, Heft 15, Berlin 1908.
Battenberg: Das auf Befehl begangene Verbrechen, Breslau 1916 (Strafr. Abh. 189).
v. Bar: Kritik der Prinzipien des Entwurfes, Berlin 1873.
Becker: Legalität und Opportunität im Strafverfahren, DJ. 1936 S. 1159.
Beling: Besprechung zum Urteil des RG. (= E 65, 291) in JW. 31 S. 2818.
Bender: Zur Wertung der VO. vom 4. 1. 1924, JW. 24 S. 1651.
Bernsdorf: Die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch die §§ 153, 154 RStPO. Erlanger Diss. 1930.
Bierling: Strafrechtsverhältnis und Strafprozeßverhältnis, ZStW. 10 S. 281 ff.
Binding: in Grünh. Z. VI, S. 219.
Birkmeyer: Zur Reform der StPO. — Das Legalitätsprinzip, DJZ. 1909 S. 1049 ff.
Bumke: VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, 1924.
Bung: Ehe und Familie unter dem Schutz des Strafrechts, DR. 1935 S. 274.
— Der Ehebruch und die Paragraphen, DR. 1937 S. 208.
v. Calker, F.: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, München-Leipzig 1908.
Carsten: Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Freiburger Diss. Breslau 1932.
Coenders: Zur Auslegung des § 346 StGB., ZStW. 35 S. 874.
Dahm: Bemerkungen zur Reform des Strafverfahrens, II: Legalität oder Opportunität, ZStW. 54 S. 401.
— Der Staatsanwalt im neuen Strafverfahren, DStrR. 1935 S. 257.
Delius: Inwieweit ist Strafverfolgung und Strafvollstreckung gegenüber Ausgelieferten nach Auslandsverträgen des Reiches und der einzelnen Bundesstaaten zulässig? GA. 39 S. 112.
— Neue Beiträge zur Auslegung des § 170 StPO., GA. 43 S. 177 ff.
— Rechte und Pflichten der Polizeibehörden bei der strafr. Ahndung von Übertretungen, LZ. 1929 S. 596.
Dietz: Bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung und bejahendenfalls in welcher Richtung? Verh. 29. D. Jur. Tag. Bd. III, S. 52, 76.
Dietz, H.: Die Anklageerzwingung, Breslau 1933, (Strafr. Abh. 325).
Döring: Wiederaufnahme und Strafvollstreckung, JR. 1927 S. 96.
Dörffler: Die NotVO. vom 6. 10. 31: Strafrechtspflege. JW. 31 S. 2892.
Graf zu Dohna: Die Stellung der Staatsanwaltschaft zu Gericht, Polizei und Regierung, in: Vorträge, gehalten auf der Tagung der Vereing. preuß. Staatsanwälte 1928.

Drerup: Die Grenzen der Gehorsamspflicht der Beamten, 1929 (Münster, Diss.).
Drucker: Neuester und allerneuester Strafprozeß, JW. 1924 S. 241.
Ebermayer: Zur Kritik der VO. vom 4. 1. 1924, LZ. 1924 S. 49.
Exner: Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStW. 54 S. 8.
Feisenberger: Legalitätsprinzip, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft III (1928), S. 925.
— Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafprozesses in Aussicht zu nehmen sein? DJZ. 1928 S. 1232.
Finger: Verhältnis des Gerichts zur Staatsanwaltschaft und Polizei im prozessualen Vorverfahren, GS. 93 S. 87.
Fischer: Die Staatsanwaltschaft im künftigen Strafprozeß, DJZ. 1908 S. 331.
Fortlage: Ist eine Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs. 3 StPO. auch im Wiederaufnahmeverfahren zulässig? DJZ. 1925 S. 1033.
Franzen: Gesetz und Richter, Hamburg 1935.
Freisler: Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechtes, DStrR. 35 S. 288.
— Gedanken zum Schutz der Bewegung im neuen Strafrecht. DStrR. 1936 S. 65.
— Die Strafrechtsnovellen vom Juni 1935, ein Markstein nat.soz. Strafrechtserneuerung, Jahrb. d. D. Rechtes 1935 S. 520.
— bei Gürtner, Bericht II, 2. Aufl. S. 57.
Frey: Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich, Erlangen 1850.
Friedel: Die polizeiliche Strafverfügung, Berlin 1905.
Friedrichs: Polizeiliche Strafverfügungen im Lichte des allgemeinen Rechts, GA. 71 S. 282.
Friedersdorff: Zur StPO., Auslegung und Auswirkung des § 153 StPO. in JW. 29 S. 2694.
Galli: Legitimitätsprinzip. Subsidiäre Strafklage, DJZ. 1903 S. 377.
— in Verh. d. 12. D. Jur. Tages I, 190.
Gerland: Die Strafprozeßreform, DJZ. 31 S. 52.
v. Gneist: 4 Fragen zur deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1874.
Grebe: Verfolgung oder Nichtverfolgung von Übertretungen nach § 153 Abs. 1 StPO., GA. 72, 81 ff.
— Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft und der Polizei im Falle des § 153 Abs. 1 StPO. DRZ. 1927 S. 7.
Güntzer: Aus der Praxis des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung neuer Fassung. DJZ. 1924 S. 941.
Hagemann: Die Stellung der Staatsanwaltschaft nach den Entwürfen einer Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und dem Gesetz über den Rechtsgang in Strafsachen, GA. 69 S. 13 ff.
— Über § 153 Abs. 3 StPO. JR. 29 S. 116.
— Zur Änderung der StPO. DRZ. 30 S. 189 und 368.
Hamm: Bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung, bejahendenfalls in welcher Richtung? DJZ. 1908 S. 914.
Hartmann: Die Anklagebehörden im künftigen Strafprozeß, ZStW. 25 (1905) S. 801.
— Der „Verletzte" im Sinne des § 172 StPO., DRZ. 1929 S. 142.
Hartung: Die VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, Recht 24 S. 101 ff.
— Reform des Strafverfahrens nach dem Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, JW. 30 S. 2498.
— Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Angriff zu nehmen sein? JR. 28 S. 190.
Heimberger: Das landesherrliche Abolitionsrecht, Leipzig 1901.
— Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Entwurf einer neuen StPO., München, Berlin 1909.
Heinze: Opportunitätsprinzip und Offizialprinzip, Verhandlungsform und Untersuchungsform, insbesondere im Strafprozeß, GA. 24 S. 265.

Henkel, H.: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934.
— Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg 1934.
— Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, Ausprachebericht in ZStW. 54 (1935), S. 38.
— Der Staatsanwalt, DR. 1935 S. 277.
Held: Das Recht der Notverordnungen, JW. 32 S. 361.
Hellmann: Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im heutigen Strafprozeßrecht, Würzburger Diss. 1927.
Herrnstadt: Die Straflosigkeit strafbarer Handlungen nach § 153 StPO., Breslauer Diss. 1929.
v. Hippel: Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, ZStW. 20 S. 325.
— Entwurf einer Strafprozeßordnung, Heidelberg 1909.
Hildebrandt: Rechtsfindung im neuen deutschen Staat, Berlin und Leipzig 1935.
Höhn: Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozeß, DR. 1935 S. 266.
Höpfner: Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip. Bemerkungen zur Reform des Strafrechts und Strafprozeßrechts, GA. 57 S. 278 ff.
Holthöfer: Grenzgebiete von Recht und Gnade, JR. 1925 S. 334.
v. Holtzendorff: Die Reform der Staatsanwaltschaft in Deutschland, Berlin 1864.
Huperschwiller: Der Begriff des „öffentlichen Interesses", in § 376 StPO. DRZ. 30 S. 93.
Jacoby: Die Stellung des Verletzten nach § 153 III StPO. JR. 30 S. 21.
v. Jagemann: Sechs Gebote für den öffentlichen Ankläger, GS. 1849 II S. 214.
Janka: Staatliches Klagmonopol oder subsidiäres Strafklagerecht, Erlangen 1879.
Kade: Unbedingte oder bedingte Strafverfolgungspflicht? Hannover 1909.
Kamps: Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Nachkriegsbestimmungen, Köln Diss. 1930.
Keller, G.: Die Staatsanwaltschaft in Deutschland, Wien 1866.
Kessler: Die Vorbereitung der öffentlichen Klage im Strafverfahren, Leipzig 1928. (Würzburger Abh. Nr. 17).
Kersebaum: Die Strafverfolgungspflicht des Staatsanwalts im geltenden Recht unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips (§ 152 II StPO.). Jur. Diss. Erlangen 1906.
Kieper: Die Durchbrechung des Legalitätsprinzips durch § 153 StPO. Kieler Diss. 1934.
Kitzinger: Um das Legalitätsprinzip, GA. 72 S. 281.
Klann: Ziele und Grenzen der Entwicklung des Strafverfahrens, DJZ. 30 S. 136.
— Die Stellung des Verletzten nach § 153 StPO. im geltenden Recht und nach dem Entwurf des ADStGB. JR. 30 S. 140.
— Soll die Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft aufgegeben werden? DJZ. 30 S. 1006.
— Soll die Verfolgung der Vermögensdelikte von einem Verlangen des Verletzten abhängig gemacht werden? JR. 30 S. 260.
Knörr: Das Privatklageverfahren und Teil 6 Kap. I § 7 der 3. NotVO. vom 6. 10. 31, JW. 31 S. 3534.
Köhler: Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung, Leipzig 1909.
Kohler: Entwurf der Strafprozeßordnung, GA. 55 S. 288.
Kronecker: Zur Beurteilung der VO. vom 4. Jan. 1924, ZtSW. 45 S. 421 ff.
v. Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.
H. Lehmann: § 153 StPO. und Polizei, DRZ. 29 S. 334.
R. Lehmann: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935, DJ. 1935 S. 999.
— Friedensrichter und Schiedsmannsordnung, DStrR. 1935 S. 298.

Liepmann: Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform, Berlin 1909.
v. Lilienthal: Der Entwurf einer StPO. und Novelle zum GVG. ZStW. 29 S. 198.
Lindenau: Die polizeiliche Verfolgung von Übertretungen, PrVerwBl. 15 S. 141.
Lippert: Ursprung, Entwicklung und Wert der französischen Staatsanwaltschaft, GS. 1849 II S. 60.
v. Liszt: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Berlin 1905. (Das Prinzip der Strafverfolgung nach dem österreichischen Strafgesetzbuch, Wien 1877).
— Die Reform des Strafverfahrens, Berlin 1906.
Lobe: Zur Reform des Strafprozesses, GS. 96 S. 37.
— Zur Würdigung der VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. 1. 1925, DJZ. 24 S. 81.
— in Verh. des 32. Deutschen Juristentages, Bd. 1a, S. 132; des 35. Deutschen Juristentages, Bd. 2, S. 562.
Loening: Einige Bemerkungen zu § 153 StPO., JR. 1925 S. 340.
Lucas: Einzelne Betrachtungen zur Reform des Strafprozesses, ZtSW. 35 S. 155.
Mamroth: Drei Jahre Strafprozeß nach der VO. Emminger, DJZ. 27 S. 49.
Mannheim: Die Durchbrechung des Legalitätsprinzips, JW. 24 S. 1646.
— Der strafprozessuale Gehalt des EG. z. ADStGB. und zum Strafvollzugsgesetz, JW. 29 S. 2675.
H. Mayer: Zum Aufbau des Strafprozesses, GS. 104 S. 30.
Hellm. Mayer: Der bindende Befehl im Strafrecht, Frank-Festgabe 1930 S. 589.
Meeske: Die Rechtsnatur der Ordnungsstrafe im Wirtschaftsrecht, DStrR. 1936 S. 152.
Mettler: Das Absehen von Strafe, Aarau-Leipzig.
Meyer, H.: Die Parteien im Strafprozeß, Erlangen-Leipzig 1889.
Meyer: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung in Gefahr, GA. 74, 178 und 348.
— § 153 StPO., Straffreiheit aus §§ 199, 233 StGB. und Strafregister GA. 75, 241 ff.
Mittelstädt, O.: Die deutsche Staatsanwaltschaft, Preuß. Jahrb. 34. Bd. (1874) S. 19.
Mittermaier, C. I. A.: Der deutsche Strafprozeß und die Strafprozeßordnung, verglichen usw. in Arch. d. Krim.rechts 1842 S. 424 ff. (449).
— Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht, Stuttgart-Tübingen 1845.
— Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, Erlangen 1856.
— Der gegenwärtige Standpunkt der Staatsanwaltschaft usw., GS. X (1858) S. 299 ff.
— Der Kampf der Staatsanwaltschaft mit der richterlichen Gewalt, in Allg. D. Strafr. Z. 1862 S. 273 ff. (278).
Mittermaier, W.: Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformierten deutschen Strafverfahren, Stuttgart 1897.
— Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage bei Aschrott, S. 147.
— Zur Reform des Strafprozesses in Jur. Psych. Grenzfragen I 2 (1905).
— In Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrecht (Stengel), Tübingen 1914, Bd. III S. 468 f.
— Wie sind besonders schwere und besonders leichte Fälle (im Sinne des Entwurfs zum DStGB.) in der künftigen Strafprozeßordnung zu behandeln? Verh. des 32. Deutschen Juristentages, Bd. 1 a, S. 246.
Nagler: Die Protokolle der Strafprozeßkommission, GS. 73 S. 97.
— Zur Einschätzung der VO. vom 4. 1. 24, GS. 90, S. 426.
Niederreuther: Die Beteiligung des Verletzten am künftigen Strafverfahren, DStrR. 1935 S. 311.

Niederreuther: Strafrichter oder Friedensrichter, Z. d. Akad. 1936 S. 121.
Niessen: Bemerkungen zum Entwurf, Leipzig 1874.
Oellrich: Die III. NotVO. und das Legalitätsprinzip in GA. 76 S. 208.
Ortloff: Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS. 49 S. 264.
— Der Kampf um die Staats- und prozeßrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft im Deutschen Reichstag 1876, Gruch. Z. 23 S. 1.
Ostler: Das Klageerzwingungsverfahren (§§ 174 ff. StPO.), Strafr. Abh. 287, 1931.
Pestallozza: Die VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. Jan. 1924, JW. 24 S. 286.
Peter: Stehen die Ausnahmen vom Verfolgungszwang in der StPO. vom 23. 3. 24 in Einklang mit den §§ 23, 24 der VO. vom 4. 1. 24? JW. 24 S. 793.
Peters: Keine Einstellung des Verfahrens nach Eröffnung des Hauptverfahrens, JW. 25 S. 927.
Pfeffer: Die Kostenfrage bei der Anwendung des § 153 StPO. JR. 29 S. 83.
Pfeiffer: Die polizeiliche Verfolgung von Übertretungen, Preuß. Verw. Bl. 25 S. 199.
Plumeyer: Einstellung gemäß § 153, 3 StPO. und Übernahme der Kostenlast, DJZ. 29 S. 375.
Preiser: Das Legalitätsprinzip und die Reform der Reichsstrafprozeßordnung, Festschrift für Hagens, 1906.
— Die Stellung der Staatsanwaltschaft in den Entwürfen zur Neuordnung unseres Strafverfahrens, ZStW. 41 (1920) S. 373.
Radbruch: Die politische Prognose der Strafrechtsreform, in Aschaffenburgs Monatsschrift V (1909), S. 1.
Reimer: Persönliche und räumliche Geltung der Strafgesetze bei Gürtner, Bericht I, 2. Aufl. S. 224/25.
— Verjährung, ebenda, S. 246.
Rosenberg: Beiträge zur Reform des Strafprozesses in Hirths Ann. 1906 S. 576, S. 692.
— Das Reichsgericht und die Rechtseinheit, DJZ. 24 S. 260.
v. Savigny: Denkschritt (Staatsanwaltschaft), GA. 1859 S. 577.
v. Scanzoni: Verringerung der Verfahrensgarantien im neuen Strafprozeß, JW. 24 S. 1642.
Schaffstein: Grundsätzliches zur Erneuerung des Strafverfahrens, DR. 1935 S. 520.
Schäfer: Das „Zwangsgeld" nach dem neuen Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz, JR. 31 S. 169.
Schäfer, K.: Zur Neuregelung des Gnadenwesens, JW. 35 S. 900.
— Geheimnisschutz, bei Gürtner, Bericht II, S. 439.
Schäfer-Lehmann-Dörffler: Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren, Berlin 1936.
E. Schäfer: Die Auflockerung des Verfahrens im künftigen Strafprozeß und der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit, DStrR. 1935 S. 256.
— bei Gürtner, Bericht II, 2. Aufl. S. 569.
— Die leitenden Gedanken der beiden Gesetze vom 28. Juni 1936, DJ. 35 S. 991.
L. Schäfer: Strafbemessung, bei Gürtner, Bericht I S. 172.
— Angriffe auf die Volksgesundheit, bei Gürtner, Bericht II, 2. Aufl. S. 163.
Schimmack: Referat, gehalten anläßlich des Vertretertages des preußischen Richtervereins in Hildesheim, JW. 24 S. 1660.
Schimmelburg: Die gerichtliche Entscheidung gemäß § 172 ff. StPO., GS. 95 S. 296.
Schlosky: Der Verbrauch der Strafklage, GA. 71 S. 285.
Schlüter: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935, JW. 35 S. 2331.
Schmidt, Richard: Staatsanwalt und Privatkläger, Leipzig 1891.
Schmitt, Carl: Legalität und Legitimität, München-Leipzig 1932.
— Die 3 Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.

Schorn: Das Polizeiverwaltungsgesetz und das Gebiet der polizeilichen Strafverfügungen, JR. 31 S. 177.
— Richtlinien für polizeiliche Strafverfügungen in Preußen, DRZ. 29 S. 94.
Schreiber: Das öffentliche Interesse in der Strafrechtspflege, DRZ. 32 S. 137.
v. Schwarze: Die Reform der Staatsanwaltschaft, GS. 16 (1864) S. 401.
Schwarz: Der nationalsozialistische Strafprozeß, in NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. 1935 S. 1470.
— Die jüngsten Strafrechtsnovellen als Pioniere der großen Strafrechtsreform, ZdAkad. 1936 S. 116.
(Simonson: Öffentliches Interesse im Sinne des § 416 StPO., GA. 38 S. 145 ff.)
Steinbeck: Die Strafprozeßreform und die Staatsanwaltschaft, DJZ. 24 S. 506.
v. Stemann: Die ausschließliche Anklagebefugnis der Staatsanwaltschaft in GA. 11 (1863) S. 533.
Stenglein: Die Reform des Strafprozesses, DJZ. 1903 S. 10.
Stolzenburg: Niederschlagung von Strafverfahren, DJ. 1934 S. 1028.
Sundelin: Der „ideale" Staatsanwalt und der Preußische Gesetzentwurf, die subsidiäre Privatklage betreffend, Allg. D. Strafr. Z. 1862 S. 129.
— Ministerwillkür und Staatsanwaltschaft, Allg. D. Strafr. Z. 1862 S. 193, 209.
— Die praktischen Fälle, wo das sonst begründete Ermessen des Staatsanwalts aus Nützlichkeitsgründen unterbleiben kann, GS. 14 S. 357.
Terfloth: Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Polizeistrafrecht in Preußen. Münchener Diss. 1918.
Thiersch: Zur Reform des Strafprozesses. Legalitätsprinzip, Anklagemonopol, Privatklage, Beschwerderecht, GA. 51 S. 162.
— Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage bei Aschrott, S. 202.
Tinsch: Die Staatsanwaltschaft im deutschen Reichsprozeßrecht, Erlangen 1883.
Tomforde: Übertretungen, DRZ. 30 S. 333.
Ullmann: Inwieweit bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Beschränkung? Referat auf dem 29. D. Jur. Tage (Verh. 1, S. 63).
Weimann: Ist die Einstellung gemäß § 153 Abs. 2 StPO. a. F. anfechtbar?, JW. 24 S. 1702.
Wunderer: Die Rechtsmittel der VO. vom 4. Jan. 1924 in der Praxis, LZ. 24 S. 777.
Zachariae: Die Gebrechen und die Reform der Staatsanwaltschaft, Göttingen 1846.
Zwickel, E.: Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes durch § 153 StPO. Jen. Diss. 1932.

(Geklammerte Autoren sind jüdisch.)

III. Entwürfe und Verhandlungsprotokolle.

Verhandlungen der Deutschen Juristentage:
Verh. des 1. D. Juristentages (1860 Berlin), S. 70, 246, 323, 344.
Verh. des 2. D. Juristentages (1861 Dresden), I, 129, 175, 239; II, 324, 427.
Verh. des 5. D. Juristentages (1864 Braunschweig), I, 119; II, 221.
Verh. des 12. D. Juristentages (1875 Nürnberg) I, 64; III, 190, 318.
Verh. des 19. D. Juristentages (1888 Stettin) II, 249; III, 773, 336.
Verh. des 29. D. Juristentages (1908 Karlsruhe) I, 63; III, 51; V, 435, 446, 500, 834.
Verh. des 32. D. Juristentages (1914 Düsseldorf) Ia 153, 246.
Verh. des 35. D. Juristentages (1928 Salzburg) II 562, 605; 683, 669.
Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung:
(Deutsche Landesgruppe) Bd. 14
Bd. 16 (zit. Mitt. I. K. V.)
Bd. 22
Hahn: Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz, 1. u. 2. Abt., Berlin 1879.
Hahn: Materialien zur StPO. 2 Bde. Berlin.
Entwurf einer deutschen StPO. und Motive (AE. I), Berlin, Januar 1873.

Entwurf einer deutschen StPO. nach den Beschlüssen der vom Bundesrat eingesetzten Kommission, Berlin 1873. (AE. II).
Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen und Ergänzungen des GVG. und der StPO., Berlin 1896.
Protokolle der Kommission für die Reform der Strafprozeßordnung 1905.
Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum GVG. nebst Begründung. Amtliche Ausgabe, Berlin 1908 (E I.)
Verhandlungen des Reichstags 1907/09 Nr. 1310 (E II).
Verhandlungen des Reichstags 1909/10 Nr. 7 (Bericht der 7. RTKomm.).
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch 1909.
Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung der Rechtspflege. Verhandlungen des Reichstags 1914/18 Nr. 658.
Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung (1919), Berlin 1920.
Drucksachen des Reichsrats. Tagung 1919 (Nr. 296).
Entwurf eines ersten Gesetzes zur Vereinfachung des Rechtswesens, Verhandlungen des Reichstages 1920/23. Nr. 6310.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1925.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927.
Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz 1929.
Das kommende deutsche Strafrecht. — Bericht über die Arbeiten der amtlichen Strafrechtskommission. Herausg. von Dr. Franz Gürtner, Reichsjustizminister. Allg. Teil (I); bes. Teil (II). 2. Aufl. Berlin 1936 (zit. Gürtner, Bericht I u. II).

Zeitschriften.

Deutsche Justiz = DJ.
Deutsches Strafrecht = DStrR.
Preußisches Justizministerialblatt = JMBl.
Preußisches Archiv (Weissler).
Deutsches Recht = DR.
Juristische Wochenschrift = JW.
Deutsche Juristen-Zeitung = DJZ.
Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer = GA
Gerichtssaal = GS.
Juristische Rundschau = JR.
Deutsche Richterzeitung = DRZ.
Das Recht = Recht.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht = LZ.
Höchstrichterliche Rechtsprechung = HRR.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft = ZStW.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts = GruchB.
Grünhuts Zeitschrift = GrünhZ.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht = ZdAkad.

§ 1.

BEGRIFF UND BEDEUTUNG DER BEIDEN GRUNDSÄTZE.

1) Begriff und Abgrenzung.

Die Begriffe der Legalität und der Opportunität — der Gesetzmäßigkeit oder gesetzlichen Bindung des Handelns und der Zweckmäßigkeit oder Ermessensfreiheit — haben auf den verschiedensten Rechtsgebieten Bedeutung, und die nach ihnen bezeichneten Rechtsgrundsätze haben dort jeweils einen bestimmten Inhalt gewonnen; so z. B. die Legalität im Staatsrecht und im Grundbuchrecht, die Opportunität im Verwaltungsrecht.

Im Strafprozeß beziehen sich die so bezeichneten Verfahrensprinzipien auf die Tätigkeit der mit der Strafverfolgung und Erhebung der öffentlichen Klage betrauten Behörde, der Staatsanwaltschaft. Sie setzen also die Gestaltung des Prozesses als Akkusationsprozeß i. w. S. und zwar als Klageformprozeß voraus, bei dem die Erhebung der Anklage, jedenfalls in erster Linie, von einer besonderen staatlichen Behörde ausgeht[1]). Es ist jedoch nicht Voraussetzung, daß diese Behörde auch das Anklagemonopol hat[2]).

Legalitätsprinzip bedeutet hier unbedingten Verfolgungszwang oder (ungenauer) Anklagepflicht: Die Staatsanwaltschaft ist verpflichtet, wegen jeder einzelnen strafbaren und verfolgbaren Handlung einzuschreiten (§ 152 Abs. 2 StPO.). Es ist ihr nicht gestattet, außer der Prüfung, ob ein Strafgesetz verletzt ist und die Verfolgungsvoraussetzungen gegeben sind, noch irgendwelchen Erwägungen über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Strafverfolgung Raum zu geben. Die in der Anklageerhebung als wesentlichstem Teile gipfelnde[3]) Strafverfolgung ist ihr nicht nur als Recht gegeben, sondern zur Pflicht gemacht.

Das Opportunitätsprinzip überläßt dagegen die Durchführung der Verfolgung, im besonderen der Anklageerhebung, den Zweckmäßigkeitserwägungen der Verfolgungsbehörde. Diese kann die Entscheidung über ihr Eingreifen davon abhängig machen, ob nach Lage des Einzelfalles irgendwelche Interessen der Gesamtheit die Verfolgung erfordern, oder ob besondere Interessen einem gerichtlichen Verfahren entgegenstehen. Die Staatsanwaltschaft hat zwar

1) v. Kries, Lehrb. S. 267.
2) Rich. Schmidt, Staatsanwalt, S. 39.
3) Kitzinger, GA. 72 S. 281.

die Befugnis, aber nicht die Pflicht zur Anklage; sie hat m. a. W. die Disposition über das Strafklagerecht[4]). Wesentlich für das Opportunitätsprinzip ist also, daß die Strafverfolgung im Ermessen der Staatsanwaltschaft liegt[5]).

Das Ermessen der Staatsanwaltschaft wird seinerseits von mannigfachen Erwägungen, solchen politischer, prozeßökonomischer oder sonstiger Art, bestimmt. Eben darum ist bezeichnend für den Oberbegriff nur die staatsanwaltschaftliche Ermessensfreiheit an sich.

Dieses Ermessen der Staatsanwaltschaft ist „freies Ermessen" oder „Verwaltungsermessen"[6]). Es wird hier erforderlich, auf die Lehre vom Ermessen und den Unterschied der beiden Arten des freien und gebundenen (oder richterlichen) Ermessens, wie sie besonders von Laun[7]) herausgestellt hat, kurz einzugehen.

Gebundenes Ermessen hat die ausübende Behörde zu vollziehen bei den sog. „dehnbaren oder wertausfüllungsbedürftigen Begriffen". Hierhin gehören alle unbestimmten Rechtsbegriffe, wie „gute Sitten", „grober Undank", „unbillige Härte" und „wichtiger Grund". Der Gesetzgeber gibt dem ausführenden Organ, da er sich angesichts der weitgreifenden Verschiedenheit der zu regelnden Einzelfälle einer genauen Voraussicht unfähig fühlt, nur allgemeine Richtlinien für die Entscheidung des Einzelfalles[8]). Diese darf jedoch nur nach dem Willen und Geiste des Gesetzgebers, nach „objektiver Richtigkeit", nicht nach der subjektiven Ansicht des Organes vollzogen werden. Die Entscheidung ist mit a. W. theoretisch eindeutig[9]).

Beim freien Ermessen dagegen wird der Behörde eine eigene Willensbildung gestattet; sie entscheidet nach i h r e r Ansicht und i h r e m pflichtmäßigen Wollen, unbeeinflußt vom Gesetz, was im Einzelfalle dem Interesse der Gemeinschaft entspricht[10]). Das Gesetz spricht dann davon, daß eine Behörde „kann, darf, befugt ist". Der Obersatz des Handelns wird also hier nicht von der Rechtsordnung, sondern von dem Organ selbst gegeben. Dieses bestimmt selbst den nächsten unmittelbaren Zweck des Handelns, der natürlich wieder nur Mittel ist gegenüber höheren staatlichen Zwecken, wie „Förderung des Volkswohls", „Sicherung der Ordnung" u. a.

Auch das freie Ermessen ist niemals persönliche Willkür, sondern nach den herrschenden Ideen und Zwecken der Gemeinschaft auszurichten[11]). Insofern bestehen subjektive innere Schranken; bei offensichtlichem Verstoß dagegen ist die Handlung als Ermessensüberschreitung mängelbehaftet. Ebenfalls gibt es innere objek-

---

4) Heinze, GA. 24 S. 294.
5) Birkmeyer, L. B. S. 73; Kitzinger, a.a.O. S. 286.
6) v. Laun, S. 67, Schimmelburg, GS. 95 S. 296 ff.; Dietz, S. 19; Ostler, S. 78; Thoma, Handbuch II, S. 234; Franzen, S. 38.
7) s. bes. S. 47 ff., 55, 61, 258.
8) Thoma, a.a.O.; Franzen a.a.O.; v. Laun, S. 47 ff.
9) v. Laun, S. 59; Hildebrandt, S. 86.
10) v. Laun, S. 62.
11) v. Laun, S. 65, 176; Thoma, a.a.O. S. 233.

tive Grenzen des freien Ermessens, wenn nach dem Willen des Gesetzes nur bestimmte staatliche Zwecke zu verfolgen sind. Der Ausschluß anderer Zwecke kann stillschweigend, er kann auch durch gesetzliche Benennung der zu verfolgenden Zwecke ausdrücklich gegeben werden [12]). Diese Zweckbezeichnungen können enger oder weitergreifend sein, z. B. „zur Herstellung der öffentlichen Ordnung", „zur Sicherung des Verkehrs" u. a.; sie werden im folgenden als Ausrichtungsnorm bezeichnet.

In der Gesetzgebung ist freies Ermessen in der Regel den Verwaltungsbehörden anvertraut; nur so kann deren zeitlich bedingten, veränderlichen Erfordernissen Rechnung getragen werden [13]). Gebundenes Ermessen ist charakteristisch für die stets an vorgezeichnete, gleichbleibende Gesichtspunkte gebundene richterliche Tätigkeit; hierhin gehört auch die Strafbemessung [14]).

Freies Ermessen anderer Behörden ist als typische Verwaltungsfunktion für die Gerichte jedenfalls grundsätzlich nicht überprüfbar [15]).

Infolge der beiderseitigen unbestimmten Fassung ist die Unterscheidung im einzelnen oft schwierig. Sie hatte unter der Herrschaft des liberal-rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffes eine besondere Bedeutung [16]). Mit dessen Überwindung und der zunehmenden Durchsetzung neuer Rechtsanschauungen findet eine starke Angleichung der beiden Rechtsbegriffe statt [17]). Auch das freie Ermessen ist heute in stärkstem Maß wertbedingt. Jedoch ist damit m. E. nicht der Unterschied an sich hinfällig [18]); es bleibt vor allem das Moment der überzeitlichen Bestimmtheit auf der einen und das der tagespolitischen Bedingtheit auf der anderen Seite.

Aus diesen Darlegungen geht unzweideutig hervor, daß die staatsanwaltschaftliche Opportunität mit der Kategorie des freien Ermessens identisch ist; schon der Begriff Opportunität bedeutet ja freies Ermessen. Ein gebundenes Ermessen würde keine fakultative Verfolgbarkeit, sondern ein begrenztes, wenn auch unbestimmt gefaßtes Verfolgungsverbot bezeichnen [19]). Opportunität gilt umgekehrt auch nur, soweit das freie Ermessen reicht. Wenn bei der gesetzlichen Fassung des Opportunitätsprinzips dehnbare Rechtsbegriffe verwandt werden, so gehört dies zur Begrenzung, aber nicht zum Inhalte der Opportunität. Dies wird für eine gerichtliche Nachprüfung bedeutsam. Dagegen gehört es zum Inhalte des Opportunitätsprinzips, wenn die (mittelbare) Zweckausrichtung für die Staatsanwaltschaft im Gesetze genannt ist. Es wird

12) v. Laun, S. 176 ff.
13) Thoma, a.a.O. S. 233/34.
14) Thoma, a.a.O. und Mettler, S. 1 ff.
15) v. Laun, S. 90 ff., 164.
16) H. Franzen, S. 38/40; s. im bes. Henkel, Unabhängigkeit, S. 20/24.
17) Franzen, a.a.O.; Hildebrandt, S. 85.
18) So auch Franzen, a.a.O.
19) Schimmelburg, a.a.O.

hier ein Maßstab für das Ermessen durch Bezeichnungen wie „öffentliches Interesse", „berechtigtes Interesse" als Ausrichtungsnorm gegeben. Neben dieser benannten Zweckmäßigkeit steht die unbenannte: „es kann abgesehen werden" (vgl. §§ 153 Abs. 2, 154). Die Ausrichtungsnorm des „öffentlichen Interesses" ist als oberste und allgemeinste Zweckbezeichnung gleichbedeutend mit dem unbenannten umfassenden Ermessen; so wird es auch in der Verwaltungslehre allgemein als Kategorie des freien Ermessens an sich aufgefaßt[20]).

Bei der unbenannten Opportunität erfolgt die nähere Ausrichtung für die Staatsanwaltschaft vielfach durch interne ministerielle Verwaltungsvorschriften; natürlich haben diese auch bei der benannten Opportunität Bedeutung.

Legalitäts- und Opportunitätsprinzip beziehen sich beide nur auf die der Staatsanwaltschaft, und zwar in ihrer Eigenschaft als Strafverfolgungsbehörde, obliegende Tätigkeit. Der Geltungsbereich beider Grundsätze wird daher durch die Anklageerhebung begrenzt, denn nach § 156 StPO. hat die Staatsanwaltschaft nur bis zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit einer selbständigen Verfügung über die Strafsache. Dann geht die Sachherrschaft auf das Gericht über.

Eine Freistellung des Gerichtes von der sog. „richterlichen Legalität", der Pflicht zur Durchführung des Prozesses und der Bindung an Strafdrohung und Strafrahmen, in der Form der Straffreierklärung (§ 189 StGB.) oder als Absehen von Strafe (z. B. § 175 Abs. 2 StGB.) bezw. als Einstellungsmöglichkeit (§§ 153 Abs. 3, 154 Abs. 2) hat mit den beiden Verfahrensgrundsätzen demnach nichts zu tun[21]). Die letzgenannten Bestimmungen gehören eigentlich gar nicht mehr in den Abschnitt „Öffentliche Klage" der Strafprozeßordnung[22]) und sind nur des praktischen Zusammenhanges halber dort aufgenommen.

2) Die Bedeutung der Grundsätze.

a) Für das prozessuale und materielle Strafrecht.

Dieser Zusammenhang zeigt, daß trotz der prozessualen Verschiedenheit doch inhaltlich Übereinstimmungen bestehen, die bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu übersehen sind. Das Opportunitätsprinzip hat, wenn gleichzeitig ein Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft besteht, wie es im deutschen Strafprozeß der Fall ist, die Folge, daß die Strafdrohung zu einer fakultativen wird[23]). Das Legalitätsprinzip wirkt umgekehrt gegenüber dem Anklagemonopol als ein Korrektiv zugunsten einer Garantie der Strafnormen. Gemeinsam hat das Opportunitätsprinzip mit der gerichtlichen Ein-

20) v. Laun, S. 68 ff.; Ostler, S. 86; Sauer, S. 41.
21) W. Mittermaier, Parteistellung, S. 60.
22) Plumeyer, JR. 1929, S. 1 ff., Ziff. 6.
23) Höpfner, GA. 57 S. 278.

stellung und dem Absehen sowie der Straffreierklärung die Wirkung, daß Taten, die unter den Tatbestand des Strafgesetzes fallen, ausnahmsweise ohne Strafe bleiben. Das rechtfertigt es, die Frage „Legalität oder Opportunität" unter den umfassenderen Gesichtspunkt der „Strafloslassung normwidriger Taten" zu stellen [24]).

Die Straffreierklärung war im StGB. (§§ 189, 233) von Beginn an vorhanden; sie beruht auf der Erwägung, daß durch die gegenseitige Zufügung des Übels die Strafe schon kompensiert sei. Ein Absehen von Strafe durch den Richter war dagegen erst in dem Strafgesetzentwürfen der letzten zwei Jahrzehnte in z. T. beträchtlicher Ausdehnung vorgesehen. Es war begründet in dem Streben der modernen Schule nach Individualisierung und Vermeidung der kurzfristigen Freiheitsstrafen [25]). Durch das Absehen sollte ermöglicht werden, in Fällen, wo entweder der wirkliche Sinn des Gesetzes eine Strafe nicht fordert oder die Straftat im Einzelfalle so geringfügig erscheint, daß selbst die geringst zulässige Strafe noch unbillig sein würde (in sog. besonders leichten Fällen), auf die Strafwirkung gänzlich zu verzichten [26]) [27]).

Das Opportunitätsprinzip hat diese Zielrichtung zum erheblichen Teile mit dem Absehen gemeinsam. Auch das Opportunitätsprinzip dient z. T. dazu, einer vom materiellen Sinne nicht geforderten Anwendung des gesetzlichen Tatbestandes vorzubeugen und darüber hinaus Geringfügigkeiten von der Strafe auszunehmen [28]). Es wäre aber unzutreffend, wegen dieser Übereinstimmung den Unterschied der Einrichtungen nur darin zu sehen, daß hier der Richter und dort der Staatsanwalt das Ermessen handhabt, und etwa mit Sauer [29]) das Opportunitätsprinzip als „Auslegung des Gesetzes nach seinem Sinn und Zweck" aufzufassen. Denn bei dem richterlichen Absehen handelt es sich, wie Mettler [30]) nachgewiesen hat, jedenfalls der Idee nach, immer nur um ein Ermessen innerhalb der Zwecke des Strafrechts, um eine „Selbstkorrektur des Gesetzes", also um gebundenes Ermessen [31]). Es kann daher immer nur nach erschöpfender Erörterung eingreifen. Das Opportunitätsprinzip gibt dagegen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten Raum, die zum großen Teile außerhalb der Zwecke des Strafrechts liegen. Zu deren Geltendmachung kann eben nur die Staatsanwaltschaft zuständig sein. Das Opportunitätsprinzip ist deshalb im Gegensatz zum Absehen eine rein prozessuale Einrichtung.

---

24) Lobe und W. Mittermaier, Verhandlungen d. 32. dt. Juristentages 1a, S. 132 ff., 246 ff.
25) Mettler, S. 136.
26) Mettler, S. 7.
27) Vgl. Entwurf z. StGB. von 1909, 1913, 1919, 1925 und 1927 und bei Gürtner, Bericht I: Schäfer, S. 180; Grau, S. 185.
28) H. Mayer, GS. 104 S. 319/20.
29) Grundlagen (1919), S. 601 und 41.
30) S. 1 und 2.
31) Mettler, a.a.O.; Thoma, Handb. II, S. 234.

Mittels seiner können insbesondere die Interessen der Volksgemeinschaft und des Staates, die einer von der Gerechtigkeit durchaus erforderten Strafverfolgung entgegenstehen, zur Geltung gebracht werden, seien sie nun innenpolitischer, außenpolitischer, finanzieller, prozeßökonomischer, verwaltungsmäßiger oder sonstiger Art. Nur in solchen Fällen finden übrigens echte Opportunitätserwägungen statt[32]). Das Opportunitätsprinzip hat also seiner Idee nach mit Gerechtigkeitserwägungen nichts zu tun.

Ist das richterliche Absehen von Strafe inhaltlich ganz anders geartet als das Opportunitätsprinzip, so steht die richterliche Einstellung gewissermaßen zwischen beiden. Hier ist der Richter ausnahmsweise auch zur Wahrnehmung von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten berufen; in der Praxis werden natürlich richterliche Billigkeitsentscheidung und staatsanwaltschaftliches Ermessen eine Übereinstimmung suchen. Daher rührt es, daß diese Einstellung, besonders die nach § 153 III, bald mehr von der materiellrechtlichen[33]), bald mehr von der prozessualen Seite[34]) her aufgefaßt wird.

Ob die Grundsätze der Legalität und Opportunität zum Prozeßrechte gehören, ist übrigens nicht unbestritten. Die schon aufgezeigten Zusammenhänge mit dem materiellen Recht, insbesondere die Bedeutung beider Prinzipien im Verhältnis zum Anklagemonopol, veranlassen manche Autoren[35]) dazu, die Frage „Legalität oder Opportunität" als eine solche des materiellen Rechtes anzusehen. Da sie über den obligatorischen oder fakultativen Charakter der Strafdrohungen entscheide, sei sie die wichtigste Grundfrage des Strafrechts[36]). Die Geltung des Legalitätsprinzips sei ihrerseits nur eine Folge der kategorischen Anordnung der materiellen Normen[37]).

Nach Binding[38]) und Birkmeyer[39]) ergibt sich aus den Strafgesetzen zugleich eine Strafpflicht des Staates, die in der Aufstellung des Legalitätsprinzips ihren selbstverständlichen Ausdruck gefunden hat[40]). Legalitäts- und Opportunitätsprinzip werden von anderen wieder mit den Strafrechtstheorien in Zusammenhang gebracht, und zwar das Legalitätsprinzip mit den absoluten und das Opportunitätsprinzip mit den relativen Theorien[41]). So verlangt

---

32) H. Mayer, a.a.O.
33) Holthöfer, JR. 1925 S. 334 ff.; Herrnstadt.
34) Zwickel, Bernsdorf.
35) Höpfner, a.a.O.; Birkmeyer, L. B. S. 62; DJZ. 09 S. 1051 ff.; Thiersch b. Aschrott, S. 205.
36) Höpfner, a.a.O., S. 281.
37) v. Kries, L. B. S. 267.
38) Normen, 2. Aufl., S. 3; GrünhZ. 6, S. 219; Handb. S. 191.
39) L. B. S. 62/69.
40) Gerland, L. B. S. 158; Ullmann, L. B. S. 212 ff.; Bierling, ZStW. 10 S. 281.
41) Mittermaier, a.a.O., S. 60.

nach Köhler[42]) der reine Vergeltungsgedanke die Aufrechterhaltung des Legalitätsprinzips.

Hieran ist sicher richtig, daß das Opportunitätsprinzip sich in der Tat mit den absoluten Theorien kaum vereinbaren läßt. Wie aber John[43]) und W. Mittermaier[44]) nachgewiesen haben, sind die Zusammenhänge im übrigen keineswegs zwingend; das Legalitätsprinzip läßt sich ebensogut auch mit den relativen Theorien vereinbaren.

Desgleichen ist auch der Satz von dem angeblich zwingenden Charakter der Strafnormen unrichtig. Wie aus den Einrichtungen der Verjährung, der Antragsdelikte, Immunität und Abolition hervorgeht, kann eine Strafpflicht des Staates aus der bloßen Aufstellung materieller Normen nie abgeleitet werden. Strafbarkeit und Verfolgbarkeit sind durchaus verschiedene Dinge. Die Theorie von der absoluten Strafpflicht wird denn auch von der überwiegenden Mehrheit[45]) abgelehnt. Die Grundsätze der Legalität und Opportunität haben darum mit dem materiellen Recht jedenfalls nichts zu tun.

b) In staatsrechtlicher und politischer Hinsicht.

Dagegen sind Beziehungen beider Prinzipien zum Staats- und zum Verwaltungsrecht erkennbar. Die Staatsanwaltschaft ist als hierarchische Behörde unter dem Justizministerium ganz in Art einer Verwaltungsbehörde aufgebaut, und ihre Tätigkeit ist stark verwaltungsmäßig (vgl. §§ 144—152 GVG.). Die Festsetzung der Legalität oder der Opportunität regelt nicht nur die Amtspflicht des einzelnen Beamten, sondern des ganzen Behördenapparates[46]). Das Legalitätsprinzip weist der Staatsanwaltschaft eine ganz bestimmte staatliche Organstellung zu.

Wiederum wird seine Bedeutung durch die staatlichen Gesamtverhältnisse bedingt[47]). Im Bundesstaat, wo es zugleich die Einheit des Kriminalwesens garantiert und die Eigenbefugnis der Justizverwaltung einschränkt, hat es naturgemäß eine ganz andere Auswirkung als im parlamentarischen Einheitsstaat und wieder eine andere im einheitlichen Führerstaat. Das Legalitätsprinzip hat wesentlich „publizistischen Charakter“[48]), und es ist denjenigen Autoren beizupflichten, die es als einen „nur der Form nach prozessualen, aber inhaltlich staats- und verwaltungsrechtlichen Satz“ bezeichnen[49]).

Das gleiche muß auch für das Opportunitätsprinzip gelten. In dieser Frage überschneiden sich demnach Prozeßrecht und Staats-

---

42) Vergeltungsgedanke, S. 270.
43) II S. 64/66.
44) a.a.O.
45) W. Mittermaier, a.a.O. und bei Aschrott, S. 158/59; Bennecke-Beling, S. 218; Glaser: Kl. Schr. S. 523 ff.; John, a.a.O.
46) Glaser, L. B. S. 222; Mittermaier, a.a.O.
47) Glaser, L. B. S. 221; Ullmann, L. B. S. 215.
48) Ullmann, a.a.O.
49) W. Mittermaier, a.a.O., S. 62; Glaser, L. B. S. 218; Feisenberger: Handbuch III, S. 925; (Laband, Staatsrecht III, S. 451); W. Mittermaier, Wörterbuch III, S. 470.

recht. Es wird erklärlich, daß die staatsrechtlichen Verhältnisse auf die Regelung dieser Frage maßgeblich einwirken.

Diese Feststellungen lassen zugleich die politisch-weltanschaulichen Grundlagen der Prinzipien erkennen. Wenn das absolute Legalitätsprinzip eine feste Bindung der Staatsorgane an die strafrechtlichen Normen bewirkt und deren eigenverantwortliche Entscheidung ausschaltet, so steht es auf der Linie der liberalen Rechtsgrundsätze, die allgemein auf eine möglichst enge Bindung aller Staats- und Verwaltungstätigkeit hinzielen und den Raum des Ermessens nach Möglichkeit einschränken [50]). Es erfüllt gegenüber der Staatsanwaltschaft als regierungsabhängiger Behörde wesentlich die Aufgabe der Sicherung [51]), und zwar sichert es eine gegenüber allen Rechtsgenossen gleichmäßige Strafrechtsanwendung. Zugleich garantiert es allseitigen Gesetzesschutz [52]).

Das Opportunitätsprinzip erscheint demgegenüber als Ausdruck einer durch Schranken nicht eingeengten Staatsgewalt [53]).

Sind die beiden Grundsätze also, jedenfalls bis zu einem gewissen Grade, politisch und staatsrechtlich bedingt, so wird es auch erklärlich, daß die Frage „Legalität oder Opportunität" in den hundert Jahren ihrer Existenz umkämpft war und stets einen „Unruhepunkt" darstellte [54]). Und ebenso erscheint es einleuchtend, daß in einer Zeit grundlegender politischer Neuordnung wie der unsern diese Frage aufs neue aufgerollt wird und mit der Abwendung von liberal bedingten Rechtsanschauungen sich Bestrebungen zu einer weiteren Abkehr vom Legalitätsprinzip geltend machen.

Es fragt sich allerdings, ob die hier aufgezeigten Beziehungen mehr zufälliger und oberflächlicher Art sind oder ob tieferliegende Zusammenhänge bestehen.

Zur Klärung dieser Frage wird es erforderlich sein, auf die historische Entwicklung der beiden Prinzipien kurz einzugehen; eine solche Untersuchung legen auch die zahlreichen Neuerungen der letzten beiden Jahrzehnte im Bereiche dieses Fragenkreises nahe, die ihrerseits wieder auf weiter zurückliegenden Reformbestrebungen aufbauen.

---

50) Henkel, Strafrichter, S. 21 und 41.
51) W. Mittermaier, a.a.O., S. 58.
52) v. Lilienthal, ZStW. 29, S. 198 ff. (202).
53) Vgl. unten, S. 9.
54) Hartmann, ZStW. 25 S. 80.

I. Teil:

DIE ENTWICKLUNG DER GRUNDSÄTZE IN DER GESCHICHTE DES DEUTSCHEN STRAFPROZESSES UND DER BESTREBUNGEN ZU SEINER REFORM.

§ 2. 1) Die Entwicklung bis zur Entstehung der deutschen Strafprozeßordnung.

Aufgabe dieser historischen Untersuchung wird es weniger sein, eine lückenlose Darstellung der Reformbestrebungen und der Entwicklung der Gesetzgebung zu geben — besonders da diese bereits mehrfach eine Erörterung erfahren haben[1]). Es soll vielmehr versucht werden, einerseits die leitenden Grundgedanken und die geistigen und politischen Zusanmmenhänge herauszuschälen, andererseits die prozessuale Technik in ihrer Entwicklung zu verfolgen.

Solange in Deutschland der Inquisitionsprozeß herrschte, konnte die Frage Legalität — Opportunität gar nicht aufkommen. Für den Richter, der in seiner Person auch das Amt des Anklägers und Verteidigers vereinigte, war bei der Einleitung des Strafverfahrens allein das Gesetz maßgeblich[2]). In Frankreich, dem Ursprungsland des modernen Anklageprozesses und der Staatsanwaltschaft, war mit der endgültigen gesetzlichen Regelung des Strafverfahrens im napoleonischen code d'instruction criminelle von 1808 die Amtspflicht der Staatsanwaltschaft zwar in einer Weise umschrieben, die auf Geltung des Legalitätsprinzips hindeutet, jedoch wurde in Theorie und Praxis allgemein das Opportunitätsprinzip vertreten[3]).

Die ersten Vorkämpfer der Staatsanwaltschaft in Deutschland nahmen ganz unbefangen die Möglichkeit einer Prüfung der „Notwendigkeit der Verfolgung“[4]) als Vorteil der neuen Einrichtung in Anspruch. So befürwortete Mittermaier[5]) eine Anklageunterlassung wegen mangelnden oder entgegenstehenden Staatsinteresses bei Geringfügigkeiten und besonderen politischen Vergehen, wie Majestätsbeleidigungen und Pressedelikten. Die Staatsanwaltschaft sollte befugt und gehalten sein, die Klage auf das „öffentliche Interesse“ hin zu prüfen.

Hinter dieser Auffassung steht noch das Bild des alten absoluten Staates, der, unberührt von Parteiströmungen, das Strafrecht als Mittel zum Zweck der Aufrechterhaltung seiner Gemeinordnung handhabt und insbesondere selbst entscheidet, inwieweit es gegen „Staatsfeinde“ einzusetzen ist.

---

1) Bei Preiser, Festschr. Hagens S. 67 ff.; Kamps, S. 18 ff.
2) v. Holtzendorff, Reform S. 12; Ullmann, S. 190 ff.
3) Nachweise s. bei Preiser, Festschr. S. 67 ff., Kamps, S. 18.
4) Zachariae 1846, S. 272; C. A. Mittermaier, Arch. d. Cr. R. 1842, S. 450.
5) Mündlichkeit usw. 1845, S. 221, 328/29.

Auch bei der allgemeinen Einführung der Staatsanwaltschaft in den deutschen Staaten in der Folge der Revolution von 1848/49 wurde die Opportunität nicht angegriffen, allerdings das eigentliche Problem auch nicht gesehen [6]). Soweit Stellung genommen wurde, sah man auch jetzt ein Unterbleiben der Verfolgung wegen Geringfügigkeit, zugunsten der Billigkeit oder aus höheren politischen Interessen als Vorteil an, verband aber damit die Forderung nach Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der Regierung [7]). Das für das 19. Jahrhundert typische Mißtrauen gegen die „vollziehende Gewalt" ist erwacht, um lebendig zu bleiben. — In der Folge befürwortet gleichfalls C. A. Mittermaier [8]), der bedeutendste Prozeßrechtler der Zeit, die Opportunität nur für den Fall, daß entweder die Regierungsabhängigkeit der Staatsanwaltschaft aufgehoben oder aber deren Anklagemonopol durch Gewährung der Privatklage beseitigt wird.

Die gesetzliche Regelung in den deutschen Einzelstaaten war verschieden [9]). In den größten, Preußen und Bayern, galt für die zentralistisch aufgebaute Staatsanwaltschaft das Opportunitätsprinzip, in Sachsen seit 1855 das Legalitätsprinzip. In Preußen stellte eine Ministerialverfügung von 1854 [10]) es als selbstverständlich hin, daß es „der Beruf der Staatsanwaltschaft sei, im öffentlichen Interesse die Anklage zu erheben". Der damalige preußische Justizminister v. Savigny [11]) war ebenfalls ein ausgesprochener Anhänger des Opportunitätsprinzips.

Erst seit Ende der 50er Jahre wird zunächst vereinzelt gegen das Opportunitätsprinzip genau so wie gegen die Regierungsabhängigkeit der Staatsanwaltschaft Stellung genommen. Grund dazu boten die Parteikämpfe im neuen konstitutionellen Staat, besonders in der preußischen Konfliktszeit. Damals ließ die staatsanwaltschaftliche Praxis unter dem preußischen Justizminister von Lippe jedenfalls den Eindruck einer einseitigen parteimäßigen Handhabung der Opportunität entstehen. Es zeigte sich, daß das materielle und prozessuale Strafrecht von seinem staatsrechtlichen Hintergrunde nicht zu lösen ist, und daß es bei dem Wechsel von Parteiregierungen einer Sicherung der gleichmäßigen Geltung der Strafgesetze bedurfte [12]). Nur so konnte die Gleichheit der im Staate kämpfenden Parteien verwirklicht werden. Zugleich ließ auch das „Gefühl einer Verletzung individueller Rechte" die Forderung nach einer Beteiligung des Verletzten am Verfahren laut werden: die Einführung der Privatklage wurde so zu einem der liberalen Programmpunkte.

---

6) v. Gneist, Verh. 12. DJT. I S. 190 ff.

7) Frey, S. 98, 210; vgl. Lippert GS. I, 2. Bd. S. 60; v. Jagemann, GS. 1859 S. 230/31.

8) Gesetzgebung S. 179/80, 192; GS. 1858 S. 292; Allg. DStrZ. 1862, S. 278/79.

9) vgl. Carsten, S. 38/40; näher Kamps, S. 17 ff.

10) PrJMinBl. 1854, S. 147; vgl. JMBl. 1849, S. 425.

11) GA. 1859 S. 577.

12) Vgl. Gneist, a.a.O.

Auf dem 1. Deutschen Juristentage zu Berlin 1860 wurde durch den Antrag Lewald eine Beschränkung des Anklagemonopols durch die subsidiäre Privatklage des Einzelbeteiligten gefordert [13]), und in der Besprechung gegen das mit dem Kriminalrecht angeblich unvereinbare diskretionäre Ermessen der Staatsanwaltschaft Stellung genommen (v. Gerhard) [14]).

Auf dem 2. Deutschen Juristentage wurde die Frage Legalität — Opportunität klar zur Diskussion gestellt. v. Groß [15]) wollte die Opportunität nur für Geringfügigkeit und einige politische sogen. „Berichtsverbrechen" gelten lassen, während v. Seckendorff [16]) für die subsidiäre Privatklage eintrat. Der sächsische Generalstaatsanwalt v. Schwarze [17]) trat unter Ablehnung jeglicher Opportunität für strenge Legalität ein. Sein Antrag wurde von einer großen Mehrheit angenommen. Dabei wurden die wenigen Vertreter der Opportunität —z. B. v. Tippelskirch und Glaser — beinahe niedergeschrien [18])!

Auch in der Presse wurde das Opportunitätsprinzip in Verbindung mit dem Anklagemonopol der regierungsabhängigen Staatsanwaltschaft angegriffen [19]).

Einen Versuch zur Lösung der Fragen machte in der Erkenntnis der Unmöglichkeit eines absoluten Legalitätsprinzips Sundelin [20]). Grundsätzlich forderte er Unterstellung der Staatsanwaltschaft unter den Generalstaatsanwalt als oberste Instanz, Legalitätsprinzip und subsidiäre Privatklage. Er verlangte eine gesetzliche Erfassung des ausnahmsweise geltenden Ermessens und schlug dafür vor:

1) Völlige Geringfügigkeit,
2) Delikte Jugendlicher,
3) Zusammentreffen mehrerer verschieden schwerer Straftaten,
4) Nicht-Territorialdelikte.

Für sonstige kollidierende öffentliche Interessen (politische!) sollte die Abolition genügen.

Dieser Vorschlag, der zuerst einen Weg aus der politisch gefärbten Auseinandersetzung wies, wurde nicht weiter aufgegriffen. Auch fernerhin forderte man das unbeschränkte Legalitätsprinzip. Dabei betonte v. Holtzendorff in seiner Schrift „Die Reform der Staatsanwaltschaft in Deutschland" 1864 die liberalen Ansichten am stärksten [21]). Für ihn war Sicherung der gesellschaftlichen Freiheit und Gleichheit Hauptaufgabe des Strafprozesses; beim Opportuni-

13) Verh. I, S. 70 ff., 246 ff.
14) Verh. I, a.a.O., S. 254.
15) Verh. I, 2. DJT., S. 129 ff.
16) Verh. I, S. 175 ff.
17) Verh. I, S. 239 ff., 319 ff.
18) a.a.O., S. 312 ff.
19) Nach Carsten, S. 43/44.
20) Allg. DStrZ. 1862, S. 129 ff.; 193 ff., 209 ff.; GS. 14 S. 357.
21) S. 24 ff., 26/28; 35/36; v. Holtzendorff unterliefen nach dem Zeugnis von Preiser (a.a.O.) sehr starke Einseitigkeiten

tätsprinzip sah er die Gefahr einer „negativen Kabinettsjustiz der herrschenden Partei". Als Korrektiv der Legalität verlangte er außerdem die staatsbürgerliche Anklage und Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft unter Anklagesenaten.

v. Schwarze[22]) hielt demgegenüber das Legalitätsprinzip allein für eine ausreichende Sicherheit gegen amtliche Willkür, während Keller[23]) und Planck[24]) sich v. Holtzendorff anschlossen. Für das Opportunitätsprinzip traten nur von Steman[25]) als Befürworter der bisherigen preußischen Praxis und vor allem Glaser[26]) in seiner Diskussion mit v. Groß ein.

Wurde die Regelung der Strafverfolgung, wie sie bisher in den größeren Einzelstaaten, vor allem Preußens, mit der Verbindung von Anklagemonopol, Regierungsabhängigkeit der Staatsanwaltschaft und Opportunitätsprinzip bestanden hatte, aus politischen Gründen allgemein bekämpft, so mußte dem bei der 1869 beginnenden Abfassung der Reichsstrafprozeßordnung Rechnung getragen werden.

Die Entwürfe I und II von 1873 suchten lediglich durch Einführung der prinzipalen Privatklage für Beleidigungen und Körperverletzungen und der subsidiären für Antragsdelikte und Bußberechtigungen die Bedenken hinsichtlich einer Benachteiligung des Verletzten zu zerstreuen (§§ 282, 305 bezw. 290, 311)[27]). Zur Frage Legalität oder Opportunität schwiegen sie; vom heutigen § 152 war nur Abs. 1 aufgenommen. Wenn nach dem Zeugnis des Reg.Vertr. Hanauer[28]) damit das Opportunitätsprinzip gelten sollte, so widersprachen dem die Motive zu E I[29]). Es war die Frage also wohl offengelassen[30]).

Der E I war inzwischen veröffentlicht worden, um Gelegenheit zur Erörterung zu geben. Die vorgesehene starke Stellung der Staatsanwalt wurde heftig angegriffen, besonders von v. Bar, Niessen, Heinze und Wahlberg[31]). Sie forderten als Korrektiv die Privatklage jedes vollberechtigten Staatsbürgers, d. h. Popularklage. Die hervorragendste Kritik enthielt die Schrift von Gneist „Vier Fragen zur deutschen Strafprozeßordnung". Auch er[32]) forderte, seinen verwaltungsrechtlichen Ideen entsprechend, Abschaffung des Anklagemonopols durch die Popularklage. Der verwaltungsmäßige Aufbau der Staatsanwaltschaft und ihre Unterordnung unter die Regierung sei zwar notwendig; diese Stellung erfordere aber bei

22) GS. 1864 S. 401; so auch v. Freydorf, Verh. 5. DJT., S. 145 ff.
23) Keller, S. 212; 305, 306.
24) 5. DJTag Verh., S. 210.
25) GA. 11 (1863) S. 533.
26) Kl. Schriften, S. 523 f. „Das Prinzip der Strafverfolgung".
27) E. I Mot. S. 268, 258; E. II S. 178, 186.
28) Hahn, S. 710.
29) a.a.O., S. 104.
30) Ullmann, S. 214, Anm. 4; a. M. Carsten, S. 65 (Opportunitätsprinzip).
31) v. Bar, S. 10; Niessen, S. 63 ff.; Heinze, Strafpr. Erläut. S. 11/12.
32) S. 30 ff., 53.

der bundesstaatlichen und konstitutionellen Struktur des Reiches einen Ausgleich. Die Beteiligung des Volkes könne am besten eine „Außerkraftsetzung der Strafgesetze zugunsten der jeweiligen Parteigänger" und Bestrebungen der Einzelstaaten gegen die Rechtseinheitlichkeit verhindern. Das Legalitätsprinzip sei für die Staatsanwaltschaft, zu deren sachgemäßer Tätigkeit die Zurückweisung von Geringfügigkeiten gehöre, unmöglich. Bei Gewährung der subsidiären Popularklage könne man das Opportunitätsprinzip gesetzlich verankern.

Auch der 12. Deutsche Juistentag 1874 sprach sich auf Grund der Vorträge von Gneist und Holtzendorff, der jetzt entgegen seiner früheren Stellung das Legalitätsprinzip „eine doktrinäre, praktisch nicht zu kontrollierende Vorschrift" nannte, für die subsidiäre Popularklage aus.

Diese Kritik blieb auf den E III nicht ohne Einfluß; er suchte die Bedenken gegen Einflußnahme der Regierung durch die gesetzliche Bindung der Staatsanwaltschaft zu beseitigen. In dem § 134 Abs. 2 war das Legalitätsprinzip in einer der heutigen fast genau entsprechenden Form niedergelegt. Von Regierungsseite hatte man dem Vorschlag Schwarzes den Vorzug gegeben, da ein Einfluß Privater „mit den derzeitigen Anschauungen über das Verhältnis von Staat und Einzelnen nicht vereinbar sei" [34]).

In den Beratungen der Reichstagskommission versuchten die nationalliberalen Abgeordneten Gneist, v. Marquardsen und v. Puttkamer [35]) noch einmal — vergeblich — unter Hervorhebung praktischer Gesichtspunkte das Opportunitätsprinzip zusammen mit der subsidiären Popularklage durchzusetzen. Ihnen traten wiederum v. Schwarze und Struckmann [36]) entgegen, denen sich die Mehrheit anschloß. Das Legalitätsprinzip allein wurde von ihr sogar noch nicht als ausreichende Sicherung angesehen; so fand zunächst als § 136a ein Antrag Reichensperger [37]) Annahme, nach dem das OLG. auf Anzeige eines seiner Mitglieder dem Staatsanwalt eine Strafverfolgung aufgeben konnte, weiter ein Antrag der linksliberalen Abgeordneten Klotz, Herz, Eysoldt [38]), im § 146 dem Verletzten gegen den Ablehnungsbescheid eine Beschwerde bei Gericht zu geben. Durch einen Abänderungsantrag Wolffson [39]) wurde die Beschwerdemöglichkeit sogar auf jeden Antragsteller erweitert, während § 136a und die subsidiäre Privatklage in der Folge als überflüssig gestrichen wurden.

Diese trotz der Verwerfung durch den Bundesrat auch in der 2. Plenarsitzung als §§ 148 ff. aufrechterhaltenen Bestimmungen

33) Verh. I, S. 64—78, 190—211.
34) Vgl. Württ. Justizmin. v. Mittnacht nach Hahn, S. 499 ff.
35) Hahn, S. 707 ff.; S. 1059 ff.; 1438 ff.
36) Hahn, S. 707/08.
37) Hahn, S. 709/10.
38) Hahn, S. 725 ff.
39) Hahn, S. 1058 ff.

drohten zu einer Gefährdung für das Zustandekommen der Reichsjustizgesetze zu führen [40]). Die Nationalliberalen unter Führung von Miquel brachten deshalb einen Kompromißantrag [41]) ein, der dem Antragsteller das Beschwerderecht nur gab, wenn er „zugleich der Verletzte" ist. Der Begriff des Verletzten blieb dabei allerdings bis zur Annahme ungeklärt. Das Klageerzwingungsverfahren wurde auf diese Weise in die Prozeßordnung als ein systematisch fremdes Element eingeschaltet.

Das Opportunitätsprinzip wurde lediglich enumerativ für die beiden Privatklagedelikte und die Auslandsdelikte vorgesehen.

Es kann also festgestellt werden, daß das Legalitätsprinzip seine Aufnahme in die StPO. nicht auf die Praxis ausgerichteten Überlegungen, sondern politisch begründeten, rein doktrinären und dogmatischen Forderungen verdankt. Es sollte, im Grunde gesehen, nicht so sehr einen selbständigen Prozeßgrundsatz als ein Korrektiv des Anklagemonopols bilden.

§ 3. 2) Die Reformbestrebungen bis 1923 und ihre leitenden Grundgedanken.

Das Legalitätsprinzip in der strengen Form der StPO. erwies bald „seine Unbrauchbarkeit und Unmöglichkeit für die Praxis des Rechtslebens" [1]). Die von Gneist vorausgesehenen Nachteile einer starren Anwendung der Strafnormen machten sich, besonders da damals auch das Polizeiunrecht zum Kriminalunrecht gehörte und für den Erlaß polizeilicher Strafverfügungen jedenfalls theoretisch das Legalitätsprinzip galt, in einer volksfremden Vielbestraferei bemerkbar. Jegliche Erwägungen über Geringfügigkeit und prozessuale Korrektur der Normen zugunsten der Billigkeit waren ausgeschlossen. Die Staatsanwaltschaft war gezwungen, jeder kleinsten Denunziation nachzugehen und so ihre Arbeitskraft zu verschwenden. Ihre Ermittlungstätigkeit wurde vielfach von Privaten in Anspruch genommen, um kosten- und mühelos Unterlagen für einen Zivilprozeß zu bekommen, so besonders auf dem Gebiete des gewerblichen Unrechts. Zur Berücksichtigung politischer Hindernisse erwies sich das Abolitionsrecht zum mindesten in den großen Staaten als völlig unzureichend [2]).

In Erkenntnis, daß das Legalitätsprinzip doch nur „ein durch ein anderes Korrektiv ersetzbares Korrektiv des Anklagemonopols sei", machte Reichsanwalt Stenglein auf dem 19. Deutschen Juristentag (1885 Stettin) [3]) den Vorschlag, die Privatklage und damit das Opportunitätsprinzip auf solche geringfügigen Delikte, bei denen

40) Hahn, S. 1819 ff.
41) Hahn, S. 2017 ff.
1) Janka (1879, S. 4/6).
2) Heimberger, Abolitionsrecht, S. 12 ff.
3) Verh. II 249—294; dagegen Korref. Bindseil

in der Regel nur ein persönliches Interesse in Frage stehe, zu erstrecken.

Ein Reformentwurf vom Jahre 1895[4]) schlug dann auch, vornehmlich zur Entlastung der Staatsanwaltschaft, eine Ausdehnung der prinzipalen Privatklage auf

1) einfachen Hausfriedsbruch § 123 I,
2) qualifizierte Körperverletzung § 223 a,
3) Bedrohung § 241,
4) strafbaren Eigennutz § 289,
5) einfache Sachbeschädigung § 303 vor.

In der anwachsenden Literatur zur StPO. überwogen zunächst die Anhänger des Legalitätsprinzips[5]). Nach dem Zeugnis von v. Liszt 1877[6]) gehörte in Deutschland das Opportunitätsprinzip zu den verpönten Schlagworten, bei dessen bloßer Erwähnung „der Sturm der sittlichen Entrüstung von allen Seiten losbricht". Jedoch wuchs mit der Erkenntnis, daß Opportunitätserwägungen in der staatsanwaltschaftlichen Praxis bei der Subsumtion und der Prüfung der Anhaltspunkte doch nicht auszuschließen[7]) waren, auch die Einsicht der Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung. Man wurde geneigt, dem Opportunitätsprinzip in der Form genereller oder kasuistischer Ausnahmen weiteren Raum zu geben[8]).

Vielfach verlangte man dabei die subsidiäre Privatklage, sei es die Gneistsche Popularklage, sei es die Privatklage des Verletzten, als Ergänzung der Opportunität[9]). Opportunität und Privatklage sollten in den Reformvorschlägen hinfort immer gekoppelt auftreten[10]). Ihren Grund kann diese, für unser heutiges Denken fremd anmutende Forderung nur in der Ansicht haben, daß das Strafverlangen eines Gesellschaftsmitgliedes stets für die Gesamtheit beachtlich sein müsse, wie es Richard Schmidt[11]) gelegentlich ausgesprochen hat. Hinter dieser Ansicht taucht deutlich die individualistische Staatsauffassung der damaligen Zeit auf.
Gegen diese Verkoppelung führten John[12]) und Janka[13]) vereinzelt, ohne durchzudringen, aus, daß nur eine Behörde und nicht der von persönlichen Gefühlen geleitete Einzelne zur Wahrnehmung des „öffentlichen Interesses" berufen sein könne.

---

4) Bericht RT. Komm. 1896.
5) v. Heinze, GA. 24 (1876) S. 265 ff.; v. Kries, L. B., S. 276 ff.; v. Schwarze 1878, S. 290—91; Ullmann, L. B. S. 212 ff.; Bennecke, S. 166 ff.; Birkmeyer, L. B., S. 62 ff.
6) Strafr. Arch. S. 8 ff. (Vortrag in Wien).
7) John, II, S. 62.
8) Bennecke-Beling, S. 278/79; Glaser, L. B. S. 218.
9) v. Stenglein, DJZ. 1903, S. 10.
10) siehe Kritik bei Graf Dohna, S. 59/64.
11) Staatsanwalt und Privatkläger 1891, S. 39 und 57; vgl. Aschrott. Gen. Referat S. 77.
12) II S. 60.
13) (1879). S. 21. 35

Eine breitere Erörterung[14]) fand die Frage Legalität oder Opportunität, als im Verlaufe der Bestrebungen zu einer allgemeinen Reform des Strafprozesses im Jahre 1903 vom Reichsjustizamte eine Reformkommission eingesetzt wurde, die 1905 über ihre Arbeiten und Beschlüsse der Öffentlichkeit einen Bericht erstattete.

Die Einsicht in die Notwendigkeit einer Abänderung des durch das absolute Legalitätsprinzip bedingten Rechtszustandes war inzwischen Allgemeingut geworden; die übermäßige Zahl der Bestrafungen, das starke Anschwellen der Strafbestimmungen, besonders in den Nebengesetzen, und die durch all dies bedingte Überlastung der Rechtspflege zwangen zu einer Stellungnahme[15]). Daß die polizeiliche Praxis „über die doktrinäre Gesetzgebung hinweg zur Tagesordnung" übergegangen war[16]) und z. B. bei studentischen Mensuren, Glücksspiel, Bettelei- und Prostitutionsdelikten Zweckmäßigkeitsrücksichten walten ließ und sich an Stelle einer Strafverfügung vielfach mit einer Verwarnung begnügte[17]), war allgemein bekannt.

Die Mehrheit der Kommission entschied sich in erster Lesung für eine Einschränkung des Legalitätsprinzips, das man „als unentbehrliche Bürgschaft einer objektiven Rechtspflege" grundsätzlich nicht beseitigen wollte; man erhoffte das Vertrauen des Volkes zur Strafrechtspflege durch „Billigkeitsrücksichtnahme auf prozessualem Gebiet" zu sichern[18]). Im Endergebnis befürwortete man nach der zweiten Lesung einhellig[19]) die Möglichkeit einer Unterlassung der öffentlichen Klage bei gewissen Delikten „mangels öffentlichen Interesses".

Im Beschluß 119 wurden sämtliche Übertretungen und im Falle des Einverständnisses des Verletzten, alle Delikte von Personen unter 14 Jahren der Verfolgungspflicht entzogen; durch Beschluß 243 wurde die prinzipale Privatklage auf alle bereits 1895 vorgeschlagenen Delikte ausgedehnt, nur daß § 370 Ziff. 5 u. 6 an Stelle von § 289 trat. Vorgeschlagen wurde auch, bei Majestätsbeleidigungen die Anklage von einer Anweisung der obersten Justizverwaltungen abhängig zu machen, da gerade hier eine rein formale Erfassung des Unrechtsgehaltes unmöglich sei und der Staat ein Interesse an der Nichtverfolgung haben könne[20]).

Die Beschlüsse der Kommission fanden eine lebhafte Erörterung. Das Interesse richtete sich im besonderen auch auf die hier behandelten Fragen.

---

14) Vgl. Stenglein, DJZ. 1903 S. 10; Galli, DJZ. 1903 S. 377.
15) s. Prot. Komm. I, S. 136/37; II, S. 7 ff.; Preiser, S. 83; Nagler, GS. 73 S. 168.
16) Drews, S. 35.
17) vgl. Lindenau, PrVerwBl. 25, S. 141; Graf Dohna, S. 64; dagegen Pfeiffer PrVerwBl. 25, S. 199.
18) Prot. I, S. 135/37.
19) Prot. II, S. 37 ff.
20) Prot. II, S. 50; Preiser, S. 92.

Preiser[21]), der am eingehendsten Stellung nahm, billigte die Ansichten und Begründungen der Kommission, schlug jedoch vor, allgemein bei Vergehen und Übertretungen auf Einschreiten zu verzichten, wenn es sich um einen besonders leichten Fall handele und kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung vorliege. Da es bei den derzeitigen Rechtsanschauungen noch einer Sicherung bedürfe, solle dem Verletzten, und falls ein solcher nicht vorhanden, jedem Staatsbürger die subsidiäre Privatklage gegeben werden[21]).

Auch sämtliche anderen Referenten hielten bei aller Anerkennung der Reformbedürftigkeit die Einführung des Opportunitätsprinzips nur bei gleichzeitiger Lockerung des Anklagemonopols für möglich und mißbilligten daher Beschluß 119.

Dabei wollten Aschrott[22]) und W. Mittermaier[23]) das Legalitätsprinzip überhaupt nur als Ausnahme gelten lassen, während andere, wie z. B. Thiersch[24]) und Fuld[25]), Opportunität und Privatklage nur auf einige wenige Delikte erstrecken wollten, die überwiegend ein privates Interesse berühren.

Schmidt-Ernsthausen[26]) kam auf Grund eingehender praktischer Untersuchungen an Hand statistischen Materials zu dem Resultat, daß für alle Verbrechen das Legalitätsprinzip, für Übertretungen das Opportunitätsprinzip gelten und bei Vergehen eine Abgrenzung stattfinden müsse. Seine Liste der Privatklagedelikte war mit der von 1895 identisch; außerdem nahm er den § 123 statt des § 289 hinzu.

Auch der 29. Deutsche Juristentag 1904 beschäftigte sich großenteils mit den Vorschlägen der Kommission (der gerade bekannt gewordene Entwurf I wurde nur kurz erwähnt). Die dort von Dietz[27]) vorgetragenen Thesen stellten darauf ab, bei welchen Delikten das öffentliche Interesse regelmäßig berührt werde. Dietz und Ullmann[28]) kamen zu ungefähr dem gleichen Vorschlag wie Schmidt-Ernsthausen. Dietz nahm als Privatklagedelikte noch §§ 121, 292 und 299 in Aussicht; außerdem brachte er für § 175 das einfache Opportunitätsprinzip in Erwägung, um Erpressungen besser bekämpfen zu können.

Trotzdem auch Olshausen[29]), Hamm[30]) und Kade[31]) für eine weitreichende Einführung des Opportunitätsprinzips eintraten, ge-

---

21) Festschr. für Hagens, S. 88—99.
22) Aschrott bei Aschrott, S. 74; Generalreferent und Mit. I. K. V. 14. Bd., S. 212 f. Auf der 11. Landesvers. der I. K. V. 1906 zu Frankfurt verlangte OStA. Hupertz ebenfalls Opportunität für alle Vergehen und Übertretungen.
23) bei Aschrott, S. 147 ff.
24) ebenda, S. 202 ff.; und GA. (1904) 51 S. 162 ff.
25) bei Aschrott, S. 578.
26) Aschrott, S. 162 ff.
27) Verh. des 29. DJT. III, S. 51 ff.
28) Verh. d. 29. DJT. I, S. 63 ff.
29) Verh. 29. DJT. V, S. 472.
30) Ebenda V, S. 499.
31) Ebenda.

lang es dem Referenten Graf Gleispach [32]) und Feisenberger [33]), die Mehrheit für eine grundsätzliche Beibehaltung des Legalitätsprinzips zu gewinnen. Praktisch wichen ihre Vorschläge von denen von Dietz und Ullmann nicht allzu sehr ab.

Auf die von der Reformkommission geleistete Arbeit und die wissenschaftliche Kritik stützte sich der Entwurf einer StPO. und Novelle zum GVG. von 1908 (E I). Er schlug in der Frage „Legalität oder Opportunität" mehr den Weg einer Einschränkung des Legalitätsprinzips nach allgemeinen Gesichtspunkten, und zwar den bisher behandelten der Geringfügigkeit und des mangelnden öffentlichen Interesses ein. Daneben sollte das Opportunitätsprinzip zwecks Erleichterung der Verfolgungspraxis noch in einigen bisher weniger debattierten Fällen eingeführt werden; man fußte insoweit auf den Erfahrungen der Behörde.

E I strich im § 152 II zur Beseitigung aufgetauchter Zweifel das Wort „gesetzlich" und bestimmte in § 154:

> „In Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, kann die Staatsanwaltschaft von jedem Einschreiten absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen durch das öffentliche Interesse nicht geboten erscheint.
>
> Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen".

Hierdurch war das Legalitätsprinzip für alle Übertretungen und für die mit Haft- oder Geldstrafe bis zu 300 RM bedrohten Vergehen (§ 23 Nr. 3 GVG. a. F.) beseitigt.

§ 153 bestimmte:

> „Die Staatsanwaltschaft kann von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigten mit Rücksicht auf die Schwere der Strafe, die er wegen einer anderen Tat zu verbüßen oder noch zu erwarten hat, durch das öffentliche Interesse nicht geboten erscheint.
>
> Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen. Erfolgt die Einstellung mit Rücksicht auf eine zu erwartende Bestrafung des Angeschuldigten, so kann binnen 3 Monaten nach dem Eintritte der Rechtskraft des wegen der anderen Tat ergangenen Urteils die Fortsetzung des Verfahrens von der Staatsanwaltschaft beantragt werden".

Die Bestimmung brachte also den Gedanken des § 208 a. F. für die Staatsanwaltschaft zur Geltung, wie es schon 1862 Sundelin gefordert hatte [34]).

§ 156 I u. II ermächtigte die Staatsanwaltschaft, die Klageerhebung wegen eines Deliktes, dessen Beurteilung sich nach der einer anderen Straftat oder nach bürgerlichem Recht richtet, von dem Ausgange des Straf- oder Zivilverfahrens abhängig zu machen. Die prinzipale Privatklage war in § 377 für die Delikte der §§ 123, 185—189, 223, 223 a, 230, 241, 303 vorgesehen.

---

32) Verh. 29. DJT. V, S. 435 ff.
33) Ebenda, S. 457 ff.
34) Vgl. oben S. 11.

Der Entwurf gab also der Staatsanwaltschaft in großem Umfange freies Ermessen und sah von dem bisher stets geforderten Korrektiv einer Beteiligung des Verletzten fast völlig ab.

Er erfuhr eine lebhafte Kritik und wurde auf der Berliner Tagung der I.K.V. 1909 eingehend besprochen[35]). Während man die Ausdehnung der Privatklagedelikte billigte, lief man gegen die Ausschaltung und „Entrechtung" des Verletzten allgemein Sturm. § 154 hielt man ohne entsprechende Kautelen für unannehmbar[36]); man sah darin auch eine Umgehung der Reform des materiellen Rechts (Kampf gegen kurze Freiheitsstrafen usw.). Die Richtschnur des öffentlichen Interesses wurde als zu unbestimmt abgelehnt[37]). v. Liszt[38]) und Liepmann[39]) schlugen vor, eine Beschwerde an das Gericht zur Nachprüfung des öffentlichen Interesses zu geben; das Gericht solle ja sowieso schon nach dem Entwurf bei der Einstellung über Zweckmäßigkeitsfragen entscheiden. Auf der Tagung der I.K.V. kam auch das politisch bedingte Mißtrauen gegen die staatsanwaltschaftliche Ermessensfreiheit wieder zum Ausdruck[40]); es wurde darauf hingewiesen, daß jedenfalls nach außen hin der Eindruck politischer Beeinflussung entstehen werde[41]). Uneingeschränkte Zustimmung fanden die Entwurfsbestimmungen nur bei Kohler[42]) und Fischer[43]), die sogar eine noch weitere Ausdehnung der Opportunität billigten.

Vom Standpunkt der absoluten Strafpflicht und der Vergeltungstheorie aus verwarfen Birkmeyer[44]) und Köhler[45]) jegliche Opportunität.

Bei der auf Grund der Bundesratsbesprechungen erfolgenden Umarbeitung des E I wurde den geäußerten Bedenken Rechnung getragen, da man dieselben Beanstandungen auch im Reichstage erwarten mußte.

§ 154 lautete als § 153 des E II von 1909:

„In Sachen, die von den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, kann die Staatsanwaltschaft von Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen wegen Geringfügigkeit der Handlung nicht geboten erscheint.

---

35) Siehe Mitt. I. K. V. 16. Bd.

36) v. Liszt, ebenda, S. 29 ff., 274/75; Rosenberg, ebenda, S. 235 ff.; Hamm, a.a.O.; dagegen nur Klee, a.a.O.; Mehrheitsbeschluß, s. S. 302; v. Lilienthal, ZStW. 29 S. 188 ff.; jetzt Aschrott, Entwurf 1908; Heimberger 1909; v. Hippel, Entwurf 1908.

37) Feisenberger, Mitt. IKV. 16. Bd. S. 235 ff.

38) v. Liszt, a.a.O.

39) Liepmann, S. 45 ff.

40) v. Liszt, Hartmann a.a.O.; vgl. Rosenberg (Ausschluß polit. Delikte von Opportunität gefordert).

41) v. Liszt, a.a.O.

42) GA. 55 S. 288.

43) DJZ. 1908 S. 331.

44) DJZ. 1909 S. 1049.

45) Vergeltungsgedanke, S. 270 ff.

Wird die Verfolgung vom Verletzten beantragt, so darf der Antrag nur abgelehnt werden, weil die tatsächlichen Unterlagen nicht ausreichen.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen, war die Verfolgung vom Verletzten beantragt, so bedarf es seiner Zustimmung".

Damit war dem Verletzten ein entscheidender Einfluß auf die Verfolgung eingeräumt[46]).

Bei § 154 (vorher § 153) war das Merkmal des mangelnden öffentlichen Interesses durch die Fassung ersetzt worden, daß die zu erwartende Strafe neben der anderen „nicht ins Gewicht fällt".

E II hatte schließlich in § 377 die Privatklage auf § 299 (Verletzung des Briefgeheimnisses) und alle nach dem Gesetz über unlauteren Wettbewerb und den Gesetzen über das literarische, künstlerische und gewerbliche Urheberrecht strafbaren Vergehen ausgedehnt.

Auch der Entwurf 1909 scheiterte an den Schwierigkeiten der konstitutionellen Gesetzgebung. Die auf die Entwürfe verwandte Arbeit sollte jedoch nicht vergeblich bleiben; denn alle späteren Reformvorschläge hinsichtlich der Verfolgungsregelung griffen auf sie zurück[47]). Im Wege der außerordentlichen Gesetzgebung sollten diese Gedanken dann verwirklicht werden.

Anm. Es soll noch auf die Stellungnahme der sozialdmeokratischen Schriftsteller hingewiesen werden. Charakteristischerweise wandten sie sich sämtlich gegen eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips, in dem sie einen Schutz vor politischer Willkür sahen. Heine allerdings war für das Opportunitätsprinzip, da das Legalitätsprinzip doch nur Schein sei und besser der „Nimbus des objektiven Staates" und seiner Anwälte zerstört werde (nach Carsten; vgl. Soz. Mon. Hefte 1909, S. 481 f.; Lang: Soz. Mon. 1908; Heinemann im Soz. Mon. Heft 1915, S. 780 f.).

Im Kriegsjahre 1917 brachte der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung der Rechtspflege den § 153 des E II in etwas erweiterter Form und eingehender Spezialisierung wieder (§ 152a; Art. V Nr. 2). Aber auch diese Bestimmung blieb Entwurf.

Der 1919 vom Reichsjustizminister Schiffer vorgelegte Entwurf zur Änderung des GVG. und eines „Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen" wiederholte in den §§ 179—182 die Bestimmungen der §§ 155—158 des E II und brachte in § 178 dessen § 154 wieder. In § 177 war ein Verbot der Verfolgung von Übertretungen enthalten, wenn die Schuld gering und die Tatfolgen unbedeutend waren. Da so ein Prozeßhindernis bestand, war das Gericht zur Einstellung verpflichtet (§ 177 II). Dem Anzeigenden, der ein berechtigtes Interesse an der Verfolgung hatte, stand nach § 389 die subsidiäre Eigenklage zu; auch war nach §§ 196 ff. die Klageerzwingung entsprechend erweitert. Der Entwurf kam der Popularklage also praktisch sehr nahe; in der Folge der Umwälzung von 1918 war dieser

46) vergl. hierzu Motive E. II, S. 123 und Bericht der 7. RT.Komm. (RT. Drucksachen Nr. 7, S. 296 ff.).

47) Vgl. Lucas, ZStW. 35 (1914) S. 155 ff.

alte liberale Programmpunkt zum ersten Male in einen Entwurf gelangt.

Die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch den Entwurf wurde überwiegend gebilligt; das Prozeßhindernis des § 177 fand allerdings allgemein Ablehnung, „da es das materielle Strafrecht abändere“ [48]).

Eine nur sehr unzureichende Verwirklichung der Reformforderungen brachte schließlich in der finanziellen Notlage des Reiches das „Gesetz zur Entlastung der Gerichte vom 11. 3. 1921“. Der Kreis der Privatklagedelikte und damit das Opportunitätsprinzip wurde hierdurch auf den heutigen Umfang erweitert. Weitreichende Opportunitätsbestimmungen wurden ebenfalls durch das JGG. vom 16. 2. 1923 eingeführt (§§ 9 Abs. 4, 32, 38).

§ 4. 3) Die VO. vom 4. 1. 1924 und die späteren Einschränkungen des Legalitätsprinzips.

Die steigende Not des Reiches und der zunehmende Verfall der Finanzen ließen 1923 eine Entlastung der Rechtspflegebehörden immer dringlicher erscheinen. Eine Innehaltung des strengen Legalitätsprinzips war bei der Inflation der Gesetzgebung in Kriegs- und Nachkriegszeit vollends unmöglich geworden.

Der 1923 von dem Abg. Schiffer und Genossen im Reichstage eingebrachte Entwurf eines „Gesetzes zur Vereinfachung des Rechtswesens“ sah u. a. in § 29 vor, daß Übertretungen nur im öffentlichen Interesse zu verfolgen seien, und gab in § 30 die Möglichkeit der gerichtlichen Einstellung auch bei Vergehen. Er und der amtliche (nicht veröffentlichte) Entwurf einer VO. zur Vereinfachung der Strafrechtspflege waren die unmittelbaren Vorläufer der VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. 1. 1924, die auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. 12. 1923 erging. Die hier in den §§ 23, 24 enthaltenen Einschränkungen des Legalitätsprinzips wurden bei der Neufassung der StPO. vom 22. 3. 1924 wörtlich übereinstimmend als § 153, 154 eingearbeitet. Die §§ 23, 24 der VO. fanden zum Teil rückhaltlose Zustimmung [1]); von anderer Seite begrüßte man zwar die Einschränkung des Verfolgungszwanges an sich, war aber mit der Art der Durchführung, insbesondere dem Wegfall der bisher als Sicherung geforderten Privatklage, nicht einverstanden und fürchtete die mißbräuchliche Ausnutzung der staatsanwaltschaftlichen Ermessensfreiheit [2]). Man wies auf die Gefahr politischer Willkür in den politisch erregten Zeiten hin und

48) Preiser: ZStW. 41 S. 373 ff.; v. Hippel, ebenda, S. 325 ff. und Mitt. I. K. V. Bd. 22, S. 6; Weber: DStrafZ. 1920 S. 342 ff.; Hagemann, GA. 69 S. 13 ff.

1) So Ebermayer, JW. 24 S. 249; Stronbeck, DJZ. 1924 S. 506; Bender, ebenda, S. 1661; Lobe DJZ. 24 S. 51 ff.

2) Schimmack, JW. 24 S. 1660; Mannheim, a.a.O.; Kronecker, ZStW. 45 S. 445 ff.

erklärte die Erfordernisse des § 23 wie „geringe Schuld", usw. für „Kautschukbegriffe" [3]).

Es folgte eine wissenschaftliche Erörterung der mannigfach auftauchenden Einzelfragen. Im Laufe der Jahre beruhigte sich das Mißtrauen gänzlich. Man erkannte, auch seitens der früheren Gegner, die maßvolle und sachgemäße Wahrnehmung der Opportunität durch die Behörden an [4]).

Aktuell wurde dies im Zusammenhang mit den Entwürfen zur Reform des materiellen Strafrechts, die ein Absehen von Strafe in erheblichem Umfang vorsahen [5]). Hatte man noch 1909 angenommen, daß hier ohne weiteres auch die Verfolgung unterbleiben könne [6]), so wurde jetzt der bereits bezeichnete Unterschied zwischen Absehen und Opportunität, zwischen richterlichem und staatsanwaltschaftlichem Ermessen gesehen und das Problem der Angleichung in Angriff genommen [7]).

Der Amtliche Entwurf eines EG. zum ADStGB. von 1929 (Reichsratvorlage) suchte unter Art. 67 Z. 89 die §§ 153 ff. der StPO. entsprechend umzuformen und die erweiterte Opportunität zusammenfassend zu regeln.

§ 153 I u. II lauteten wörtlich:

„Übertretungen werden nur dann verfolgt, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Bei einem Vergehen kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmug des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, sofern der Verletzte, dem Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, nicht ausdrücklich widerspricht. Liegt ein besonders leichter Fall vor, in dem das Gericht von Strafe absehen kann, so genügt die Zustimmung des Amtsrichters".

Abs. III regelte entsprechend die Einstellung nach Klageerhebung. Abs. II ging davon aus, bei materiell-rechtlich nicht für strafwürdig erachteten Straftaten Gericht und Publikum mit Prozessen überhaupt zu verschonen, wie Lobe schon 1914 gefordert hatte [8]). Man wollte für das Opportunitätsprinzip nach Begründung S. 59 zwar die Grenzen nicht weiter ziehen, als wie im Strafrecht ein Absehen möglich war; wenn darüber hinaus der Verletzte kein Interesse bezeugte, hielt man auch dann eine Strafverfolgung für überflüssig. Diese auf Entwurf 09 zurückgreifende überwiegende Berücksichtigung des Verletzten, die eine individualistische Verbrechensauffassung erkennen ließ, wurde mit Recht mangelnder Folgerichtigkeit geziehen [9]). Auch die Verquickung der Befugnisse von Staatsan-

---

3) Rosenberg, DJZ. 24 S. 260 ff.; Pestallozza, JW. 24 S. 286; v. Scanzoni, JW. 24 S. 1624; bes. Mannheim, JW. 24 S. 1642.

4) Mamroth, DJZ. 27 S. 49 ff.; Mannheim, JW. 29 S. 2675.

5) vergl. §§ 116, 414 E. 1919, §§ 75, 351 E. 1925, § 76 E. 1927, dazu Vorkriegsentwürfe 1909 und 1913, §§ 83 bezw. 116; s. oben S. 5.

6) Vgl. Begründung Vorentwurf 1909 I, S. 324.

7) Vgl. Denkschrift E. StGB. 1919, S. 102 ff.

8) Vgl. Verh. 32. D. Jur. T. Bd. 1a, S. 132 ff.

9) Klann, DJZ. 30 S. 1006 ff.; Mannheim JW. 29 S. 2675.

walt und Amtsrichter wurde getadelt und jeweils Eigenverantwortlichkeit verlangt[10]).

Die Reichstagsvorlage suchte den kritisierten Umständen abzuhelfen: § 153 II lautete wörtlich:

„Bei einem Vergehen kann die Staatsanwaltschaft von Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte.

Auch sonst kann beim Vergehen die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des AR. von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn kein öffentliches noch ein berechtigtes Interesse des Verletzten an der Verfolgung besteht; der Verletzte ist, wenn möglich, vor der Entschließung der Staatsanwaltschaft zu hören."

Abs. III regelte entsprechend die gerichtliche Einstellung und gab dagegen die sofortige Beschwerde. Abs. IV sah eine widerrufliche Aussetzung vor, Abs. V die Wiederaufnahme auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel.

Die komplizierte Regelung des § 153 fand vielfache Kritik. Das Aufgeben des Erfordernisses der Geringfügigkeit wurde mißbilligt und das „Durcheinander objektiver und subjektiver Maßstäbe" („bes. leichte Fälle" und „Interessen") abgelehnt[11]). Weiter meinte man, daß die richterliche Zustimmung gerade umgekehrt (wie in Abs. 2) in Fällen des Absehens erforderlich sei, da dieses eine richterliche Funktion darstelle[12]).

Jedenfalls zeigen die beiden Vorlagen, daß eine Anpassung von Opportunität und Absehen mannigfache, nicht ohne weiteres zu erledigende Fragen aufwirft.

§ 154 a des EG. entspricht des § 154 a, wie er durch das Auslieferungsgesetz vom 23. 12. 1929 eingefügt wurde.

Weiterhin war auf Grund praktischer Bedürfnisse der Diplomatie als § 154 b vorgesehen:

„Hat sich die deutsche Gerichtsbarkeit zur Zeit der Tat nicht auf den Täter erstreckt, so kann die öffentliche Klage gegen ihn nur mit Ermächtigung des RMdJ. erhoben werden. Die Ermächtigung kann zurückgenommen werden."

Hierdurch sollte zwischenstaatlichen Verwicklungen vorgebeugt werden, zu deren Beurteilung den Strafverfolgungsbehörden vielfach der nötige Überblick fehlt[13]).

In §§ 154 c—g war die Verfolgung von Auslandsstraftaten in Anlehnung an den Entwurf des ADStGB. eingehender als bisher geregelt; für politische Delikte war hierbei ebenfalls die Ermächtigung des RJM. vorgesehen.

Wenn auch der Entwurf eines EG. zum ADStGB. ebenso wie letzteres nicht Gesetzeskraft erlangte, so kamen doch einzelne seiner Bestimmungen in einer neuen Notzeit des Reiches durch die

10) Klann, a.a.O.; Hagemann DJZ. 30 S. 289 ff.; Hartung JW. 30 S. 2498.
11) Hartung, a.a.O.
12) Klann, a.a.O.
13) Begründung EG. z. ADStGB. S. 61.

NotVO. vom 6. 10. 1931 zur Rechtsgeltung, z. B. § 153 I in deren § 2 in Kap. I, 6. Teil und § 153 a in § 3 gleicher Stelle.

§ 7 der NotVO. gab dem Gericht die Möglichkeit, bei einem Privatklageverfahren wegen Geringfügigkeit das Verfahren von sich aus einzustellen. Damit war ein dringendes Erfordernis der Praxis erfüllt.

Im nationalsozialistischen Reich wurde außer den infolge der Einführung von Maßregeln der Sicherung und Besserung notwendig gewordenen Abänderungen der §§ 154, 154 a (Gesetz vom 24. 11. 1933) als grundlegende Neuerung der § 154 b geschaffen.

Bei der Neuregelung der politischen Delikte wurde der schon von Mittermaier erkannten Notwendigkeit einer Einflußnahme der Staatsleitung auf die Verfolgung Rechnung getragen durch Einfügung eines „Antrages der Reichsregierung" bei den §§ 90 b, 90 e und 90 i StGB. (Gesetz v. 24. 4. 1934). In ähnlicher Weise war schon 1932 bei § 94 (Angriffe auf den Reichspräsidenten) dessen Ermächtigung zur Verfolgungsvoraussetzung gemacht worden.

Die allgemeine Stellungnahme innerhalb der nationalsozialistischen Reformbestrebungen zur Frage Legalität oder Opportunität wird in einem besonderen Abschnitt behandelt werden.

Überblicken wir an dieser Stelle die Entwicklung, so erkennen wir, daß eine anfänglich unbefangene, sachgemäße Betrachtung der Frage Legalität — Opportunität bald einer wesentlich politisch begründeten[14]), rein dogmatischen Bevorzugung des Legalitätsprinzips weichen mußte. Die Unzuträglichkeiten des absoluten Prinzips in der Rechtspraxis führten zu immer stärker werdenden Änderungsbestrebungen, die alle, im einzelnen verschieden, die Opportunität auf dem Gebiete der Übertretungen und der Vergehen jedenfalls teilweise einführen wollten. Bei der endlichen gesetzlichen Anerkennung wurden die von der wissenschaftlichen Kritik dabei stets erhobenen Forderungen einer gleichzeitigen Korrektur durch Lockerung des Anklagemonopols, die aus den Verhältnissen des konstitutionellen und parlamentarischen Staates bedingt waren, nicht berücksichtigt. Gegenüber allen Bestrebungen auf erweiterte Beteiligung des Einzelnen wurde die alleinige Anklagebefugnis der Verfolgungsbehörde vom Staate aufrechterhalten.

---

14) v. Lilienthal, ZStW. 29 S. 201/02.

II. Teil:

DAS GELTENDE RECHT.

A. Das Legalitätsprinzip nach § 152 Abs. 2 StPO.

§ 5. 1) Inhalt und Ausübung des Legalitätsprinzips.

I. Die deutsche StPO. vom 1. 2. 1877 hat das Legalitätsprinzip für die Staatsanwaltschaft in § 152 Abs. 2 festgelegt und bestimmt:

> „Die Staatsanwaltschaft ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen".

Hierdurch wird die Amtspflicht der Staatsanwaltschaft zunächst als ein Programmsatz staatsrechtlichen Charakters umschrieben[1]); ihren näheren prozessualen Inhalt erhält sie durch Beziehung zu der in anderen Bestimmungen der StPO., vor allem den §§ 158—171, näher geordneten Strafverfolgungsaufgabe der Staatsanwaltschaft und deren in dem GVG. gegebenen Organisation.

1) In § 152 Abs. 2 selbst wird die Strafverfolgungspflicht zunächst begrenzt auf alle gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen.

a) Erste Voraussetzung ist also eine vom Rechte für strafbar erklärte rechtsbrechende Handlung, eine Tat, die nach einem Reichs- oder Landesgesetz mit krimineller Strafe bedroht ist — oder jedenfalls unter den Grundgedanken eines solchen fällt und nach gesundem Volksempfinden strafwürdig ist (§ 2 n. F. StGB.).

Demnach fallen nur mit Exekutiv-, Disziplinar- und Ordnungsstrafen bedrohte oder nur im Wege der Ehrengerichtsbarkeit zu ahndende Handlungen nicht hierunter. Für diese ist ihrer Natur nach das Legalitätsprinzip unangebracht; es kann hier von der beteiligten Instanz nur nach Opportunitätsgesichtspunkten vorgegangen werden[2]). Liegt jedoch ein tateinheitliches Zusammentreffen vor, wird also durch die Handlung zugleich das Ehren-, Disziplinar- oder Ordnungsstrafrecht und das kriminelle Strafrecht verletzt, so bleibt die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung verpflichtet[3]).

Es müssen die vom materiellen Recht gestellten Erfordernisse: Rechtswidrigkeit, Schuld, etwaige Strafbarkeitsbedingungen, Nichtvorliegen persönlicher Strafausschließungsgründe erfüllt sein.

b) Die Handlung muß nicht nur gerichtlich strafbar, sondern auch gerichtlich verfolgbar sein. — Im Sinne der alten Terminologie muß also nicht nur ein Strafanspruch, sondern auch das Strafklage-

---

1) Vgl. S. 7 Anm. 49.

2) v. RGSt. 69, 215; Meeske: DStrR. 1936 S. 152 „Ordnungsstrafe".

3) Für die nach der VO. vom 21. 3. 1933 für gewisse politische Delikte gebildeten Sondergerichte ist gem. § 6 d. VO. besonders angeordnet, daß die Vorschriften der StPO., also auch § 152 II, Anwendung finden.

recht gegeben sein. Wenn das Verfahren doch nicht durchführbar wäre, ist ein Einschreiten der Staatsanwaltschaft von vornherein überflüssig und deshalb auch nicht vorgeschrieben. Es müssen also die (abstrakten) Prozeßvoraussetzungen (im engeren Sinne) oder negativ ausgedrückt, es dürfen keine peremptorischen oder dilatorischen Verfolgungshindernisse vorliegen.

Es muß zunächst die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Zuständigkeit der ordentlichen deutschen Gerichtsbarkeit gegeben sein. Der Klageerhebung darf nicht die Rechtshängigkeit der Sache oder der Verbrauch der Strafklage durch eine rechtskräftige Entscheidung entgegenstehen; weiter darf die Strafverfolgung nicht durch Abolition oder Amnestie ausgeschlossen oder auf Grund völkerrechtlicher Verträge, denen innerdeutsche Gesetzeskraft zukommt [4]), verhindert sein. Ebenso darf keines der sonstigen Verfolgungshindernisse, z. B. Exterritorialität, Tod des Täters, Verjährung oder Ablauf der Antragsfrist, vorliegen.

Bei Antragsdelikten muß der Strafantrag des Berechtigten, ebenso gegebenenfalls die Anordnung, Ermächtigung und Genehmigung von Behörden und Körperschaften vorliegen (vergl. § 91 i, 94, 134 b StGB., Art. 37 Weim.V. und Gesetz vom 23. 6. 1933). Sonstige Prozeßvoraussetzungen, wie z. B. Scheidung der Ehe (§§ 170, 172, 283 StGB.) und Erledigung eines präjudiziellen Verfahrens (§§ 164, 191), müssen in gleicher Weise gegeben sein.

Bei nachträglich ausgebrochener Geisteskrankheit, völliger körperlicher Gebrechlichkeit und schwerer Krankheit ist die Verfolgung an sich zulässig, ein Prozeßhindernis also nicht gegeben. In diesen Fällen steht zwar nicht der Erhebung, wohl aber der Durchführung der Anklage ein gesetzliches Hindernis entgegen [5]). Die Staatsanwaltschaft wird deshalb ermächtigt sein, hier nach pflichtmäßigem Ermessen auch die Erhebung der Klage einstweilen auszusetzen und abzuwarten [6]).

Für den Fall der Abwesenheit des Beschuldigten ist durch §§ 276 ff. n. F. StPO. jetzt bestimmt, daß unter den dort bezeichneten Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft jederzeit die Durchführung der Haupverhandlung herbeiführen kann. Da der Staatsanwaltschaft hierfür freies Ermessen gegeben ist, muß angenommen werden, daß sie auch befugt ist, die Erhebung der Klage auszusetzen; der Wortlaut des § 277 Abs. 1 und 2 spricht gleichfalls für diese Ansicht.

Es handelt sich bei den letztgenannten Fällen eigentlich nicht um eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip, sondern um dessen Modifikation. Die Staatsanwaltschaft bleibt verpflichtet, Feststellungen über den Sachverhalt zu treffen [7]). Fällt das Hindernis fort, so tritt die Verpflichtung zur Anklage wieder in vollem Umfange ein.

---

4) in RGSt. 12, 381; Delius, GA. 39 S. 112.
5) Löwe-R. Vorbem. 2. Buch 1. Abschnitt Ziff. 13 d, e.
6) Löwe-R. § 152 Z. 4 b; John II, S. 236 ff.; Kersebaum, S. 17.
7) Löwe-R., a.a.O.

2) Daß § 152 Abs. 2 mehr ein Programmsatz ist und aus ihm allein nicht der gesamte Inhalt der Verpflichtung zum „Einschreiten" erschlossen werden kann, wird bei der Prüfung der dritten dort genannten Voraussetzung der „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte" deutlich. Diese Verpflichtung muß, wenn der Sinn der Legalität wirksam erfüllt werden soll, die gesamte der Staatsanwaltschaft zugewiesene Strafverfolgung umfassen, da hier jede Stufe die Voraussetzung der folgenden ist.

Der erste Beginn der Verfolgung kann aber nicht von dieser Voraussetzung abhängig sein; denn entweder müßte man dann — bei wortgetreuer Auslegung — hierfür schon eine solche tatsächlich begründete Gewißheit verlangen, wie sie praktisch nur in den seltensten Fällen vorhanden ist, oder man müßte, wie Kamps, dies Erfordernis als völlig verschwommen und unbrauchbar bezeichnen [8]). Nach unbestrittener Ansicht ist dies Erfordernis aber gleichbedeutend mit dem „hinreichenden Verdacht" des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses (§ 203) [9]); es bezieht sich demnach nur auf die Anklageerhebung. Denn diese ist, wenn man von der nur als Ausnahme gedachten und heute vollends zurücktretenden Voruntersuchung absieht, darauf angelegt, einen Eröffnungsbeschluß herbeizuführen, und muß also dessen Erfordernissen entsprechen [10]).

Gilt diese dritte Voraussetzung also nur für den letzten, wenn auch wesentlichsten Teil des „Einschreitens", so bedarf es, um dessen Beginn und Umfang zu erfassen, der Heranziehung der Vorschriften der §§ 158 ff.[11]). Nach § 160, der als Ergänzung des § 152 II zu betrachten ist [12]), hat die Staatsanwaltschaft mit der Erforschung zu beginnen, wenn sie von dem „Verdacht" einer Straftat Kenntnis erhält, d. h. von einem Umstand, der eine, wenn auch nur ganz geringe Wahrscheinlichkeit dafür enthält, daß eine strafbare Handlung vorliegt [13]). Diese erste sachliche Voraussetzung, ohne welche eine Strafverfolgung Willkür wäre [14]), stellt etwas Objektives dar, einen bestimmten Möglichkeitsgrad vom Standpunkt eines objektiven Beurteilers aus [15]).

Von diesem ersten Verdacht an bewegt sich das Verfahren in einer Steigerung des Gewißheitsgrades fort [16]):

1) Verdacht = Möglichkeit, 2) hinreichender Verdacht = überwiegende Wahrscheinlichkeit bei Klageerhebung, 3) Gewißheit = richterliche Überzeugung beim Urteil. — Die von der Legalitätspflicht umfaßte Tätigkeit der Staatsanwaltschaft ist das beim ersten

8) Kamps, S. 43.
9) Beling, § 70 VI d, bes. Anm. 4, S. 354 ff.; Graf Dohna, S. 63.
10) Beling, a.a.O.; v. Kries, S. 473.
11) Dietz, S. 3.
12) Birkmeyer, S. 70; Bennecke-Beling, S. 275.
13) Kessler, S. 32.
14) Sauer, Grundlagen, S. 219.
15) v. Ammon, S. 41.
16) Sauer, a.a.O. S. 80 ff.

Verdacht einsetzende und mit der Feststellung hinreichenden Verdachtes endigende Ermittlungsverfahren [17]).

II. 1) Die Veranlassung zum Beginne eines Ermittlungsverfahrens kann die Staatsanwaltschaft auf verschiedene Weise erhalten [18]),

a) durch freiwillige Anzeigen von Behörden oder Einzelnen und durch Strafanträge (§ 158),

b) durch pflichtmäßige Anzeigen von Behörden, besonders den Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes und den Amtsgerichten (§§ 158, 159, 163), ausnahmsweise auch von Einzelnen (§ 139 StGB.).

Sie kann auch durch

c) ein Gerücht,

d) Offenkundigkeit einer Handlung und

e) durch eigene Wahrnehmungen der Staatsanwaltschaft gegeben werden.

Ob und inwieweit eine außeramtliche Kenntnis den einzelnen Staatsanwalt zum Einschreiten verpflichtet, ist umstritten [19]). M. E. läßt sich aus dem Legalitätsprinzip an sich keine der aufgestellten Meinungen herleiten. Das Legalitätsprinzip nach § 152 Abs. 2 StPO. setzt nur die grundsätzliche Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft als solcher fest. Da selbstverständlich jeder Beamte seine amtliche Tätigkeit nach den für sein Amt geltenden Gesetzen ausüben muß [20]), so ist der Staatsanwalt auf Grund von § 152 Abs. 2 allerdings verpflichtet, bei amtlicher Kenntnis auf jeden Fall einzuschreiten. Inwieweit darüber hinaus eine Amtspflicht des einzelnen Staatsanwalts besteht, bestimmt sich nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften; die Frage hat mit dem Legalitätsprinzip nichs zu tun und kann hier nicht weiter untersucht werden [21]).

Wie sich aus dem schon Gesagten ergibt, ist die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet, auf jede Anzeige hin das Ermittlungsverfahren zu eröffnen, sondern sie hat diese zunächst daraufhin zu prüfen, ob sie einen „Verdacht" begründet. Sie kann anonyme und pseudonyme Anzeigen, u. U. auch solche von notorischen Querulanten und andere, die ihre Unmöglichkeit an der Stirne tragen, unbeachtet lassen [22]).

---

17) Vgl. S. 4.

18) v. Kries, S. 467 ff.

19) Nach Löwe-R. § 160 Ziff. 2b; Coenders, ZStW. 35 S. 874 ff.; Kamps, S. 34 ist bei „schweren" Verbrechen, nach Hellmann, S. 28 sogar bei „schweren" Vergehen im Falle außeramtlicher Kenntnisnahme einzuschreiten; Feisenberger, Hb. III S. 925 und Graf Dohna, S. 134 halten nur amtliche Kenntnis für maßgeblich.

20) Vgl. § 3 Abs. 3 S. 1 und § 7 Abs. 1 DBG.

21) Vergl. für politische Delikte § 3 Abs. 2 S. 2 DBG. i. V. DurchfVO. vom 29. 6. 1937 (RGBl. I S. 669).

22) Kessler, S. 29 f.; v. Kries, S. 470/71; Löwe-R. § 160 Z. 2 und 3 a.

2) Hat die Staatsanwaltschaft von einem solchen Verdacht Kenntnis genommen, so hat sie diesem nachzugehen und den Sachverhalt zu erforschen, d. h. weitere Nachforschungen anzustellen in der Richtung, ob und welches Delikt begangen ist und ob es gerichtlich strafbar und verfolgbar ist[23]). Sie hat festzustellen, auf welche Person sich der Verdacht lenkt; dabei kann eine Ausdehnung der Nachforschung auf Mittäter und Gehilfen erforderlich werden. Der Inhalt der Pflicht zum Einschreiten läßt sich mit Heinze[24]) in folgende drei Sätze fassen:

1) Es ist Pflicht der Staatsanwaltschaft, alle der Strafgewalt unterworfenen Verbrechen und deren Täter zu ermitteln.
2) Die Staatsanwaltschaft muß die Erkenntnismittel ausfindig machen, durch deren Benutzung Aufschluß über erhebliche Tatsachen erlangt werden kann.
3) Sie hat in den betreffenden Fällen die Klage zu erheben.

Bei der Pflicht zum Einschreiten läßt sich also unterscheiden eine Pflicht zur Anklage und dieser vorausgehend eine zur Erforschung.

Es ist jedoch festzuhalten, daß letztere nur möglicherweise eingreift[25]). Das Ermittlungsverfahren kann gänzlich überflüssig werden, wenn durch die Anzeige Tat und Täter derart bezeichnet sind, daß schon ein hinreichender Verdacht begründet ist, wie es z. B. in der Regel bei Anzeigen der Kriminalpolizei der Fall ist. Dann erfolgt sofort Anklageerhebung. Ebenso kann bereits ein derartiger Grad der Wahrscheinlichkeit erreicht sein, daß nur einige ergänzende Ermittlungen nötig werden. Einsatzpunkt und Umfang der Pflicht zum Einschreiten hängen also von dem Einzelfalle ab[26]).

Die staatsanwaltschaftliche Entschließung über die Anklageerhebung und deren Vollzug ist dagegen der Teil der Strafverfolgung, der notwendig stattfinden muß. Mit der Überleitung der Strafsache in die Sachherrschaft des Gerichtes wird der Sinn des Legalitätsprinzipes erfüllt. Hierin liegt zugleich der eigentliche Zweck des Ermittlungsverfahrens, der dieses im einzelnen bestimmt und begrenzt[27]). So wird auch verständlich, daß die Fassung des § 152 Abs. 2 bei der Voraussetzung der „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte" sich nur auf diesen Teil des Einschreitens bezieht[28]).

3) Mit welchen Maßnahmen die Staatsanwaltschaft ihrer Erforschungspflicht genügen will, steht in ihrem pflichtmäßigen Ermessen[29]). Es sind ihr dazu eine Reihe von Befugnissen gegeben:

23) Birkmeyer, L. B. S. 581.
24) in GA. 24 S. 726.
25) v. Kries, L. B. S. 472; Löwe-R. § 160 Z. 3 b.
26) Löwe-R. § 152 Z. 4 b.
27) Sauer, S. 126; v. Kries, L. B. S. 473; Löwe-R. § 160 Z. 3 a.
28) vgl. oben S. 27.
29) Löwe-R. § 160 Ziff. 4.

Sie kann a) im außergerichtlichen Verfahren vorgehen oder b) sich der Hilfe des Gerichtes bedienen; natürlich kann sie auch beide Wege zugleich einschlagen:

a) aa) Die Staatsanwaltschaft kann selbst Ermittlungen aller Art vornehmen (§ 161). Im einzelnen kann sie Besichtigungen vornehmen, den Beschuldigten sowie Zeugen vernehmen, Behörden um Auskunft ersuchen, öffentliche Ankündigungen erlassen, Belohnungen aussetzen und Steckbriefe erlassen. Unter den gesetzlichen Voraussetzungen ist sie ferner zur vorläufigen Festnahme und evtl. zur Verhaftung sowie zur Durchsuchung und Beschlagnahme befugt (§§ 94 ff., 127).

bb) Die Staatsanwaltschaft kann die meisten dieser Ermittlungen auch durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden vornehmen lassen, und in der Praxis ist dies die Regel. Den ihr nach § 152 GVG. als Hilfsbeamten unterstellten Polizeiorganen darf sie dazu Aufträge erteilen; ihnen sind zu deren Ausführung bestimmte staatsanwaltschaftliche Befugnisse vorbehalten (v. § 98). An die ihr nicht unterstellten Behörden muß sie sich mittels Ersuchen wenden.

In beiden Fällen laufen die Fäden der Ermittlungen wieder bei ihr zusammen, sie trägt die Verantwortung nach § 152 Abs. 2.

Alle Polizei- und Sicherheitsorgane sind daneben nach § 163 StPO. zu einer selbständigen, auf eigener Entschließung beruhenden kriminalpolitischen Tätigkeit berufen und verpflichtet. Auch in dieser Funktion erscheinen sie als ausübende Organe der Staatsanwaltschaft, die allein Trägerin des kriminalpolitischen Interesses ist[30]), und unterstehen insoweit in gleicher Weise dem Legalitätsprinzip[31]).

b) Vielfach wird die Staatsanwaltschaft, um den Zweck des Vorverfahrens zu erreichen, noch Untersuchungshandlungen benötigen, die dem Richter vorbehalten sind. In diesen Fällen kann sie deren Vornahme beim Richter beantragen. (Eidliche Vernehmungen, Augenscheineinnahmen u. a.).

III. 1) Hat die Staatsanwaltschaft auf Grund der Ermittlungen den Fall zu einer gewissen Klärung gebracht, so entscheidet sie, ob ein genügender Anlaß zur Erhebung der „öffentlichen Klage" besteht, d. h. ob ein „hinreichender Verdacht"[32]) einer strafbaren Handlung vorliegt und demgemäß die Anklage erhoben werden muß oder ob das Verfahren einzustellen ist (§§ 170, 170 a). Auch dieser Wahrscheinlichkeitsgrad stellt einen objektiven Wert dar[33]); die Anklage muß durch tatsächliche Punkte derart begründet sein, daß eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch erscheint. Die Prüfung der Frage ist eine Angelegenheit pflichtmäßigen, ge-

30) Löwe-R. § 163 Z. 1; § 152 GVG. Z. 2 a; Finger, GS. 93 S. 87 ff.
31) Vgl. RGSt. 12, 161; 28, 384; Feisenberger, Handb. III, S. 925.
32) Vgl. S. 27.
33) Ebenda.

bundenen Ermessens und daher im Klageerzwingungsverfahren nachprüfbar. Diese formelle Disposition der Staatsanwaltschaft hat mit der materiellen des Opportunitätsprinzips nichts zu tun [34]).

Bei der Entscheidung kann der Grad der Wahrscheinlichkeit ein sehr viel geringerer sein, wenn ausnahmsweise eine Voruntersuchung zwischengeschaltet wird; dann kann die Klage (Antrag auf Eröffnung) erheblich früher erhoben werden [35]).

Bei sehr wichtigen Strafsachen wird umgekehrt bei einer Klage durch Einreichung der Anklageschrift der Grad der Wahrscheinlichkeit höher als durchschnittlich sein müssen [36]).

2) Während die Erfordernisse der tatsächlichen Würdigung bei der Anklageerhebung feststehen, ist umstritten, ob die Staatsanwaltschaft bei der rechtlichen Beurteilung ihrer eigenen Rechtsansicht folgen darf oder ob sie an die Auslegung der herrschenden Rechtsprechung gebunden ist. Hier wird eine innere Problematik des Prinzips der „Legalität" sichtbar, die vielfach übersehen wird [37]). Denn die Prüfung, ob eine Handlung gegen das Strafgesetz verstößt und demnach gemäß § 152 Abs. 2 zu verfolgen ist, gibt in vielen Fällen zu Zweifelsfragen Anlaß, und der Rechtsauslegung kommt eine umso größere Bedeutung zu, je mehr normative Tatbestandselemente das materielle Gesetz enthält.

Ist der Staatsanwaltschaft nun gestattet, die Frage der Strafbarkeit unter Zugrundelegung ihrer Rechtsansicht zu enscheiden, so wird die Klageerhebung in manchen Fällen unterbleiben, in denen das Gericht auf Strafe erkennen würde. Das widerspräche aber dem Sinne des Legalitätsprinzips, das ja eine Unterdrückung von Anklagen durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich verhindern will.

Nach Bennecke [38]), Beling [39]), John [40]) und in etwa auch nach Binding [41]) ist die Staatsanwaltschaft bei der Gesetzesauslegung völlig frei. Die gerichtlichen Entscheidungen sollen für sie — so folgert man aus der Unabhängigkeit von Rechtsprechung und Justizverwaltung — nur eine Quelle der Belehrung, aber nicht verbindlich sein. Maßgeblich sei allein die Ansicht der übergeordneten Stellen. Es sei ungerechtfertigt, die „herrschende Rechtsansicht" mit dem Legalitätsprinzip in Verbindung zu bringen [42]).

Folgerichtig gesteht John [43]) auch zu, daß es im damaligen Bundesstaat eine einheitliche Rechtsauffassung bei der Klageerhebung nicht habe geben können.

34) Birkmeyer, S. 70; Graf Dohna, S. 63.
35) v. Kries, S. 483; John, S. 229.
36) Sauer: Grundlagen S. 127; Löwe-R. § 170 Z. 4.
37) vergl. bei Zwickel, Kamps, Hellmann.
38) L. B. S. 453 Anm. 2.
39) L. B. S. 139.
40) II, S. 404 ff.
41) Grundriß, S. 191.
42) Binding, John a.a.O.
43) a.a.O.

Demgegenüber wird von anderer Seite betont, daß über die Strafbarkeit einer Handlung nur die Gerichte endgültig entscheiden können und die Staatsanwaltschaft deren Entscheidung nicht vorgreifen dürfe.

v. Kries[44]), Löwe-Rosenberg[45]), Stenglein[46]) Kessler[47]) und ähnlich auch Birkmeyer[48]) vertreten deshalb die Meinung, die Staatsanwaltschaft dürfe nie im Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung der Gerichte, vor allem des höchsten Gerichtshofes, eine Anklage unterlassen. Das ergebe sich aus dem Legalitätsprinzip; Kessler[49]) folgert es insbesondere daraus, daß nach § 152 Abs. 2 alle „gerichtlich" strafbaren Handlungen zu verfolgen sind.

Nach v. Kries[50]) und Birkmeyer[51]) hat die Staatsanwaltschaft darüberhinaus in Zweifelsfällen die Pflicht, sich bei der Entscheidung über die Anklageerhebung auf den härteren Standpunkt zu stellen; nach Löwe-Rosenberg[52]) soll sie sogar alle zweifelhaften Rechtsfragen zur Entscheidung des Gerichtes bringen.

Den letztgenannten Autoren ist ohne weiteres darin zu folgen, daß die ständige Rechtsprechung von der Staatsanwaltschaft bei der Klageerhebung zu beachten ist. Hierfür spricht außer den angeführten Gründen der Umstand, daß wir heute auf Grund der Erkenntnis der normativen Elemente des Gesetzes abschätzen können, in wie weitem Maße der Inhalt des Gesetzes erst durch die Rechtsprechung bestimmt wird. Auf dem Boden der klassischen Auffassung der „Legalität", nach der das Recht grundsätzlich durch eindeutige Subsumtion unter den Gesetzestatbestand zu bestimmen war[53]), mochte man die Ansicht vertreten, einer abweichenden Rechtsauslegung der Staatsanwaltschaft komme nur geringe Bedeutung zu. Wenn man aber davon ausgeht, welche hervorragende Bedeutung die wertausfüllende Auslegung der Rechtsprechung — der die neu eingefügten Bestimmungen ja bewußt Raum lassen — in der Wirklichkeit des Rechtslebens einnimmt, dann erscheint die schon aus dem Wesen des Legalitätsprinzips sich ergebende Schlußfolgerung selbstverständlich, daß die Staatsanwaltschaft die Auslegung bei der Klageerhebung zugrundezulegen hat, die von den Gerichten als maßgeblich festgestellt ist. Die durch die ständige Rechtsprechung gegebene Auslegung gehört ebenso zum Inhalt des Strafgesetzes, an das die Staatsanwaltschaft nach § 152 Abs. 2 gebunden ist, wie der Wortlaut.

---

44) L. B. S. 483.
45) § 170 Ziff. 5.
46) § 168 Ziff. 5.
47) S. 92.
48) S. 588/89.
49) a.a.O.
50) u. 51 a.a.O.
52) a.a.O.; ebenso Graf Dohna S. 141.
53) vergl. Henkel in „Strafrichter usf." und „Unabhängigkeit usf."

Durch § 2 n. F. StGB. ist der Richter außerdem zu einer selbständigen Rechtsschöpfung aus gesundem Volksempfinden und den Grundgedanken des Gesetzes berufen; das so geschaffene Recht steht gleichberechtigt neben dem Gesetzesrecht[54]) und ist für die Staatsanwaltschaft auf Grund des Legalitätsprinzips in gleicher Weise maßgeblich.

Ob allerdings aus dem Legalitätsprinzip auch die weitergehende Folgerung zu ziehen ist, die Staatsanwaltschaft müsse alle Zweifelsfragen zur Entscheidung des Gerichtes bringen, erscheint doch fraglich. Dem gegenüber betont Kessler[55]) mit Recht, daß nicht jede Zweifelsfrage notwendig dazu führen dürfe, den Beschuldigten einer Hauptverhandlung auszusetzen. Allerdings darf andererseits die Staatsanwaltschaft nicht gelegentliche Zweifel in Theorie oder Praxis dazu benutzen, um materiell strafwürdige Taten der richterlichen Beurteilung zu entziehen. Eine einheitliche Lösung für das weite Gebiet der rechtlichen Zweifelsfragen zu finden, dürfte schwer sein.

Für das durch § 2 n. F. StGB. eröffnete Gebiet der strafrechtlichen Analogie schreibt § 170 a StPO. vor, daß die Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die Klageerhebung von der Strafwürdigkeit auszugehen und dann zu prüfen hat, ob durch „entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann". Die Staatsanwaltschaft wird durch diese Bestimmung — der es an sich gar nicht bedurft hätte —[56]) dazu berufen, die Rechtsneubildung in Angriff zu nehmen, indem sie entsprechende strafwürdige Fälle zur Anklage bringt. Sie hat sich dabei aber, wie der Wortlaut des § 170 a ergibt, danach auszurichten, ob eine entsprechende Anwendung durch das Gericht zu erwarten ist.

Diese Bestimmung gewinnt über ihren eigentlichen Anwendungsbereich hinaus bei rechtlichen Zweifelsfragen Bedeutung. Sie gibt einen Anhalt dafür, daß auch hier von der materiellen Strafwürdigkeit auszugehen und dann zu prüfen ist, ob nach der sonstigen Rechtsprechung der Gerichte für eine Verurteilung eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit besteht. Jedenfalls muß in Zweifelsfällen, in denen die Gerechtigkeit eine Bestrafung erfordert und die von den Gerichten auch mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, das Legalitätsprinzip durchgreifen.

Auch darüber hinaus wird die Staatsanwaltschaft in einer großen Zahl von Zweifelsfällen zur Anklage schreiten, also den härteren Standpunkt vertreten. Dabei handelt sie dann aber nicht mehr auf Grund des Legalitätsprinzips, sondern auf Grund ihrer allgemeinen Amtsstellung, kraft deren sie das Strafinteresse des Staates stets zu vertreten hat[57]).

---

54) Freisler, Jahrb. des D. Rechts 1935 S. 520 f.
55) S. 92.
56) Löwe-R., Erg. B. Hellwig zu § 170 a, S. 561.
57) Löwe-R., § 155 Ziff. 5 a und c; Ullmann S. 212.

Insoweit besteht für die Staatsanwaltschaft keine strenge gesetzliche Bindung; ihrem Ermessen ist vielmehr ein gewisser Spielraum gegeben. Insbesondere greift hier auch das Klageerzwingungsverfahren nicht ein.

Nach der Klageerhebung, im weiteren Verlaufe des Verfahrens, sind die von der herrschenden Rechtsprechung vertretenen Rechtsansichten für die Staatsanwaltschaft nicht mehr maßgeblich. Es steht ihr dort frei, ihre eigenen Anschauungen zu vertreten [58]).

Wie wir gesehen haben, hat die fortschreitende Rechtsentwicklung, vor allem die durch § 2 n. F. StGB. geschaffene Änderung des materiellen Rechts, bereits eine gewisse inhaltliche Änderung des Programmsatzes nach § 152 Abs. 2 bewirkt. Die Bezeichnung „Legalitätsprinzip" ist eigentlich nicht mehr am Platze und wird dem neuen Inhalt nicht gerecht. Die Bestimmung richtet sich vielmehr ganz allgemein auf die Verfolgung rechtlich strafbarer und strafwürdiger Handlungen, sie enthält den Grundsatz des „Verfolgungszwanges".

IV. 1) Wenn sich die Staatsanwaltschaft für die Erhebung der öffentlichen Klage entschieden hat, bewirkt sie dies durch Einreichung einer Anklageschrift oder einen Antrag auf Voruntersuchung (§§ 170, 178, 179, 200), bezw. im summarischen Verfahren nach § 212 durch mündliche Anklage, durch Antrag auf Erlaß eines Strafbefehls §§ 407 ff., ausnahmsweise auch in der Hauptverhandlung durch Anklageerweiterung gemäß § 266 I, falls der Angeklagte einverstanden ist. Hierdurch kommt sie dem wesentlichen Teile der Amtspflicht nach § 152 II nach.

2) Ist die Staatsanwaltschaft auch in der Art des Vorgehens während des Vorverfahrens frei, so ist sie das doch nicht in der Wahl des Zeitpunktes ihrer Maßnahmen. Aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich auch eine Pflicht zur alsbaldigen Verfahrensfortführung. Diese gestattet wohl ein einstweiliges Ruhenlassen aus prozessualen Gründen, wie es die Praxis vielfach zeigt, da auch das „alsbaldige Einschreiten" immer etwas Relatives bleibt. Insbesondere kann also der Ausgang eines anderen Verfahrens, das zu dem vorliegenden in Beziehung steht, abgewartet werden. Verzögerungen aus außerstrafprozessualen Gründen sind dagegen als dem Sinne des Legalitätsprinzips widersprechend unstatthaft [59]). Diese prozessualen Zweckmäßigkeitserwägungen haben mit dem Opportunitätsprinzip nichts zu tun; das Ermessen liegt innerhalb der Legalität [60]).

3) Daß die Verpflichtung nach § 152 II sich nur auf die mit der Klageerhebung endigende Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren bezieht, ist schon hervorgehoben worden [61]). Nur so-

58) Kessler, a.a.O.
59) Kitzinger GA. 72 S. 281; vgl. Löwe-R. § 172 Z. 6 a.
60) Glaser, S. 224; Birkmeyer, S. 70; John, S. 64; Löwe-R. § 152 Z. 7.
61) Vgl. oben S. 4.

lange die Staatsanwaltschaft dominus litis ist, greift Sinn und Zweck des Legalitätsprinzips durch. Mit der Klageerhebung beginnt die Pflicht des Gerichtes zur umfassenden Erörterung der Sache; die Sachherrschaft der Staatsanwaltschaft ist damit beendet (§§ 155, 203, 264). Nur im Vorverfahren kann die Opportunität durch Verhinderung des Gerichtsverfahrens Bedeutung gewinnen.

Daher umfaßt das Legalitätsprinzip nicht die weitere Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Verfahren: die Vertretung der Anklage und insbesondere die Einlegung von Rechtsmitteln. Hierfür besteht keine strenge Bindung an das Gesetz; es können auch Opportunitätserwägungen maßgeblich werden. So ist mehrfach in Allgemeinen Verfügungen des Preußischen Justizministeriums bestimmt worden, daß nur dann von Rechtsmitteln Gebrauch zu machen ist, wenn wesentliche Belange des Staates, der Rechtspflege oder am Verfahren beteiligter Personen es gebieten und mit einiger Wahrscheinlichkeit auf Erfolg zu rechnen ist[62]). Durch diese Anordnungen werden genau wie bei Opportunitätsfällen zeitlich bedingte politische Umstände und Notwendigkeiten der Ersparnis für maßgeblich erklärt.

Hier im eigentlichen Prozeßverfahren kommt die Aufgabe der Staatsanwaltschaft zum Ausdruck, das gesamte, vielfach gebundene Interesse des Staates und die Rechtsansichten der Staatsbehörden gegenüber dem unabhängigen Gericht zur Geltung zu bringen[63]). Da diese allgemeine organschaftliche Tätigkeit[64]) sich natürlich im allgemeinen vorwiegend auf die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens richtet, kann allerdings die unrichtige Meinung aufkommen, das Legalitätsprinzip gelte auch hinsichtlich der Rechtsmittel[65]).

Abzulehnen ist auch die Erstreckung des Legalitätsprinzips auf die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß §§ 362 ff. Der Antrag auf Wiederaufnahme ist ein außerordentliches Rechtsmittel und nicht mit der Klage zu vergleichen. Das Verfolgungshindernis der Rechtskraft besteht ja noch. Schon die Stellung im Gesetze zeigt, daß es sich nicht um Strafverfolgung, sondern um Wahrung der materiellen Gerechtigkeit handelt. Die Staatsanwaltschaft wird deshalb den Antrag auch nur bei einigermaßen erheblichen Sachen stellen. Von der herrschenden Meinung wird deshalb auch die Anwendbarkeit des Klageerzwingungsverfahrens abgelehnt[66]); denn hierfür wäre die Geltung des Legalitätsprinzips Voraussetzung.

Dagegen erfaßt das Legalitätsprinzip die Wiederaufnahme des Verfahrens durch einfache Klageerhebung auf Grund neuer Tat-

62) AV. des PrJM. vom 10. 10. 31 (Ersparnismaßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege) JMBl. S. 328; AV. des PrJM. vom 12. 10. 1933 (Einlegung von Rechtsmitteln) JMBl. S. 496.

63) Löwe-R. § 155 Z. 5 a u. c.

64) Löwe-R. a.a.O.; Ullmann S. 212.

65) So z. B. Bennecke-Beling S. 274/75; Birkmeyer, S. 310 Anm. 17.

66) So Löwe-R. § 172 Nr. 6 b; Kessler § 10 II; a. M. Ostler, S. 107 ff.; Beling § 490 Anm. 1; Delius GA. 43 S. 178 ff.

sachen oder Beweismittel gemäß §§ 211 und 174 II [67]). Hier ist die Rechtskraft der Entscheidung auflösend bedingt und mit dem Auftreten der Nova von selbst hinfällig. Für die neue Klage besteht also die gleiche Rechtslage wie für die erste. Die Vorschriften des 1. und 2. Abschnittes des II. Buches finden unmittelbare Anwendung. Die Staatsanwaltschaft ist auf Grund der Nova wie stets zum Einschreiten verpflichtet; demgemäß findet auch das Klageerzwingungsverfahren Anwendung [68]).

Durch § 411 wird das Legalitätsprinzip nicht eingeschränkt. Die Staatsanwaltschaft ist danach nur dann befugt, den Strafbefehl zurückzunehmen, wenn sie dessen Voraussetzungen nicht mehr für gegeben hält, bezw. wenn sie in Fällen der Opportunität nachträglich von ihr Gebrauch machen will.

§ 6. 2) Das Legalitätsprinzip und die Anweisungsbefugnis der vorgesetzten Stellen, insbesondere des Justizministers.

I. Daß der hierarchische Aufbau der Staatsanwaltschaft im Verein mit ihrer Regierungsabhängigkeit im konstitutionellen und parlamentarischen Staat deren Unparteilichkeit wenigstens latent gefährdet, war schon seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts in Deutschland erkannt worden und, wie dargelegt, der Hauptgrund für die Einführung des Legalitätsprinzips gewesen. Daß damit die Frage der Vereinbarkeit dieses Grundsatzes mit der Anweisungsbefugnis gegeben ist, war jedoch bei der Schaffung der StPO. nicht im Kerne erkannt und nur bei der Beratung des GVG. gestreift worden [1]). Dies sollte die Quelle eines bis 1933 nie abgeschlossenen Streites werden.

Da man mit der Einführung des strikten Legalitätsprinzips versäumt hatte, Staatsanwaltschaft und Regierung „zu geben, was ihrer ist", so machten sich in den einzelnen Staaten neben der bereits berührten ungesetzlichen Anwendung der Opportunität auch Einflußnahmen der Regierung geltend. So wurde nach dem Zeugnis von Ortloff [2]) in Preußen 1892 bei Majestätsbeleidigungen die vorherige Verfolgungsgenehmigung des Justizministers vorgeschrieben.

Dies ließ die Frage auftauchen, ob das Legalitätsprinzip auch die vorgesetzten Regierungsstellen binde, also die Landesjustizverwaltung bezw. den Staatssekretär (später Reichsjustizminister). Hiermit wurde die Frage nach der verwaltungs- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit für eine Anweisung entgegen dem Legalitäts-

---

67) Ostler, S. 100 ff.; Dietz, S. 25.

68) v. Löwe-R. §§ 172 Z. 6 b; 174 Nr. 5; 211 Nr. 4 c gegen frühere Aufl.; Gerland S. 312; Beling 490 Anm. 1; Delius, a.a.O.; RGSt. 43, 150; a. M. Kessler § 10 II; OLG. Dresden JW. S. 309; dort zustimmend Oetker, wenn er auch das Klageerzwingungsverfahren ablehnt.

1) s. Carsten, S. 61.

2) GS. 49 S. 298 ff., 323, auch S. 284.

prinzip und nach der verbindlichen Kraft eines solchen Befehls in oft unklarer Weise verbunden.

Von einer Seite wurde die Ansicht vertreten, daß die Landesjustizverwaltungen dem Legalitätsprinzip nicht unterständen [3]) und ihr Leitungsrecht mit ihm unvereinbar sei [4]). Begründet sah man dies darin, daß die StPO. nur die „Staatsanwaltschaft" verpflichte. Besonders Ortloff [5]) hob hervor, daß das Legalitätsprinzip so zum Teil wieder aufgehoben werde; er forderte deshalb Unterstellung der Staatsanwaltschaft unter einen unabhängigen Oberstaatsanwalt.

Demgegenüber war nach einer anderen Meinung, die man schon vor dem Kriege als die überwiegende bezeichnen konnte, auch das Ministerium an das Legalitätsprinzip gebunden [6]). Die §§ 146, 147 GVG. sind danach organisatorische Bestimmungen, die den vorgesetzten Stellen das Recht zu allen Anweisungen, auch spezieller Art, geben, jedoch nur zu dem Zwecke, die Legalität zu überwachen. Bei Meinungsverschiedenheiten geht die Ansicht der übergeordneten Stelle vor [7]). Die Verantwortung in verwaltungs- und auch strafrechtlicher Hinsicht geht auf die anordnende Stelle über, und der ausführende Beamte wird davon frei [8]).

Auch die Anhänger dieser Ansicht konnten nicht verkennen, daß tatsächlich die Unterlassung begründeter Verfolgungen gelegentlich angeordnet wurde. Soweit sie Stellung nahmen, erklärten sie, dieses stelle einen Mißbrauch der Befehlsgewalt dar [9]); der Befehl müsse aber trotzdem befolgt werden, denn — darin waren sich die Vertreter beider Meinungen einig — die Befehlsgewalt sei absolut [10]). Nur das Lehrbuch von Bennecke-Beling vertrat von Beginn an die Ansicht, daß der dem Legalitätsprinzip widersprechende Befehl für den untergeordneten Staatsanwalt nicht bindend sei; er müsse ihn zurückweisen [11]).

Da diese Fragen umstritten blieben, wurde auf dem 29. deutschen Juristentag die Forderung erhoben, das Legalitätsprinzip ausdrücklich auf die Justizverwaltungen zu erstrecken [12]).

Die Umwälzung von 1918 brachte keine gesetzlichen Änderungen, die die Fragen erledigt hätten. Auch jetzt wurde noch die Meinung vertreten, daß die Ministerien dem Legalitätsprinzip nicht un-

---

3) Mittermaier bei Aschrott, S. 154, gegen frühere Stellungnahme. Rich. Schmidt, S. 35; so wohl auch Binding, Handbuch I S. 870.

4) Geyer, L. B. S. 407.

5) GS. 49, S. 264 ff., S. 477 ff.; GrünhZ. 23, S. 1 ff.

6) Glaser, L. B. Seite 222 und Anm. 11; Ullmann, L. B. Seite 215; Seuffert bei Stengel W. B., Seite 149; Preiser, S. 82; Mittermaier, Wörterbuch III, S. 468.

7) v. Marck-Kloss, S. 121; John II, S. 64; Heimberger, Abolition, S. 84.

8) v. Marck-Kloss, a.a.O.; Heimberger, a.a.O.; (Rosenfeld, S. 53); Glaser, a.a.O.

9) Seuffert, a.a.O.; Heimberger a.a.O.

10) s. Anm. 9) und W. Mittermaier a.a.O.; (Rosenfeld a.a.O.; Laband, Staatsrecht III S. 450).

11) Bennecke-Beling, S. 274/75.

12) Graf Gleispach, Verh. d. 29. dt. JT. V, S. 456.

terständen[13]). Daß dies die Mehrheit war, wie Dahm[14]) behauptet, dürfte wohl nicht richtig sein.

Allerdings vertrat der für die Praxis maßgebende Kommentar von Löwe-Rosenberg[15]) diese Ansicht unverändert weiter. Seine Darlegungen sind aber nur eine Zusammenfassung der verschiedensten einander entgegenstehenden Meinungen und darum in sich widerspruchsvoll und unklar. Wenn z. B. hier angeführt wird, die StPO. habe das Legalitätsprinzip nicht auf die Landesjustizverwaltungen erstreckt, deren Pflichten würden daher nur durch die allgemeine Norm des § 346 StGB. und durch das Landesrecht bestimmt, so wird übersehen, daß § 346 die Geltung des Legalitätsprinzips gerade voraussetzt[16]).

II. Bei dem Versuch einer Klärung der aufgezeichneten Probleme muß Ausgangspunkt die Lösung der Frage sein, ob das Legalitätsprinzip auch für den Justizminister gilt. Erst dann kann untersucht werden, inwieweit Anordnungen auf Unterlassung der Verfolgung möglich sind.

Dabei ist im besonderen auf die staatsrechtlichen Zusammenhänge einzugehen; es zeigt sich die staatsrechtliche Natur des Legalitätsprinzips[17]). So ist die erste Frage auch für den konstitutionell-parlamentarischen und den heutigen Staat gesondert zu untersuchen.

a) Schon für den konstitutionellen Staat ist der überwiegenden Meinung beizutreten: Auch die obersten Justizbehörden unterstehen dem Legalitätsprinzip. Dies gilt in gleicher Weise für die Weimarer Republik, die keine entscheidenden Veränderungen des Staatsgefüges brachte.

Hauptzweck der Einführung des Legalitätsprinzips war es ja, für die Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft eine Sicherung zu bieten und die einheitliche Gesetzesbefolgung in allen Bundesstaaten zu sichern[18]). Nur bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung wird dieser Zweck erreicht. Anderenfalls hätten die Justizminister ein zweites tatsächliches Abolitionsrecht neben dem der Landesherren gehabt[19]). Es ist aber auch unmöglich, aus dem Schweigen der Gesetze auf eine Beschränkung des Legalitätsprin-

---

13) Lang auf der 19. Vers. der IKV. DLgr. (Mitteil. S. 119 ff.); H. Maier in Frank Festg., S. 608; ebenso Lobe, Verh. des 35. DJT. II. S. 570. Dagegen Graf Dohna, ebenda S. 684 und Vortrag Tag. V. Preuß. St. A. 1928, S. 46 und L. B. S. 63; gl. M. auch Höpler Verh. 35. DJT. II, S. 607; ferner Gerland S. 160; Beling, L. B. S. 139; Hupperschwiller, GA. 75 S. 1 ff.; auch Lobe, GS. 96 S. 37 ff.

14) ZStW. 54 S. 401 ff. (407).

15) § 152 Ziff. 8, auch noch neueste Aufl. 1934.

16) Frank, Kom. 18. Aufl. § 346 IV.

17) Vgl. oben, S. 7/8.

18) Ullmann, L. B. S. 215; Lobe, 35. DJT. II S. 570; vergl. oben S. 27 ff.

19) So in der Tat Binding, Handb. I, S. 870; H. Mayer a.a.O.; Ortloff a.a.O.

zips zu schließen, wie es Löwe-R. tut; vielmehr gilt ein Rechtsgrundsatz für seinen ganzen Anwendungsbereich, soweit nicht ausdrückliche Schranken bestehen[20]). Wie schon der Wortlaut des § 152 Abs. 2 bezeugt, wird die Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde in ihrer Gesamtheit zur Legalität verpflichtet[21]). Sie ist als einheitliche Behörde mit strenger Unterordnung aufgebaut und wird bei der Strafverfolgung als Ganzes tätig. Auch der Justizminister nimmt bei seiner Anweisung staatsanwaltschaftliche Aufgaben wahr. Er wird als oberste Spitze des Beamtenkörpers tätig. Dann müssen für ihn auch die entsprechenden Gesetze gelten. Durch seine höchste Befehlsgewalt soll nur die Einheitlichkeit in der Ausübung der staatsanwaltschaftlichen Aufgaben gesichert, nicht aber sollen die gesetzlich festgelegten Aufgaben behindert werden[22]). Im Sinne des Gesetzes sind Befehle zur Unterlassung von Verfolgungen also nur aus rechtlich anerkannten Gründen zulässig[23]). Der Meinung des Vorgesetzten wird vom Gesetzgeber eben die vermutlich größere Richtigkeit beigelegt.

Daß Anweisungen auf Unterlassung rechtlich gebotener Verfolgungen im konstitutionellen wie im parlamentarischen Staat doch vorkamen[24]), zeigt allerdings, daß die Verantwortlichkeit in der Spitze nicht genügend gesichert war[25]). Man kann daraus aber nicht auf die Nichtgeltung des Legalitätsprinzips schließen.

b) Mit der Schaffung einer einheitlichen deutschen Justizverwaltung im nationalsozialistischen Staat durch das zweite und dritte Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege fiel einer der Hauptgründe für die Bindung der obersten Justizbehörde weg. Für diejenigen, die das Wesen des Führerstaates in der Errichtung einer einheitlichen Befehlsordnung sehen, wäre es natürlich gewesen, wenn er eine unbegrenzte Anweisungsbefugnis des Reichsjustizministers geschaffen hätte. In Wirklichkeit zeigen die bisherigen gesetzlichen Neuregelungen, daß der nationalsozialistische Staat den schon angebahnten Weg einer Sicherung der staatlichen Einflußnahme auf die Verfolgung im Bereiche des politisch Notwendigen weitergeht, im übrigen aber seinen Organen unbedingte Verwirklichung der Strafgesetze zur Pflicht macht[26]). Darauf deutet schon die Verschärfung der Strafandrohung des § 346 StGB. hin. Weiter beweist es die Neuregelung des Gnadenrechts. Bereits vor Schaffung der Justizeinheit war in Preußen durch das Gesetz vom 22. 7. 1933 das uneingeschränkte Begnadigungsrecht des Staatsoberhauptes wieder hergestellt worden. Der durch den Umschwung bedingten Notwendig-

20) Dietz, S. 17, Anm. 56.
21) Vgl. oben S. 7 Anm. 46; Battenberg, S. 66; Stenglein, Komm., S. 308.
22) Heimberger a.a.O.; John a.a.O.; v. Marck-Kloss a.a.O.
23) Heimberger a.a.O.; Seuffert a.a.O.
24) Ortloff, GS. 49 S. 284.
25) Graf Dohna, Verh. 35. DJT. II S. 684 und Vortrag 1928 a.a.O.; Seuffert a.a.O.
26) Vgl. oben, S. 24.

keit, zeitweilig in größerem Umfange Strafverfahren niederzuschlagen, wurde genügt, indem durch die Erlasse des Ministerpräsidenten vom 22. und 28. 7. 1933 der Justizminister ermächtigt wurde, das Niederschlagungsrecht auf die Oberstaatsanwälte zu übertragen[27]). Von einer Anweisung auf Verfolgungsunterlassung war also in der politisch bewegten Zeit keine Rede!

Daß das Niederschlagungsrecht im neuen Staat als ein Ausnahmerecht zur Wahrnehmung außerordentlicher staatlicher Notwendigkeiten nur in seltenen Fällen angewandt werden soll, zeigt der ausdrückliche Vorbehalt des Führers im Gnadenerlaß vom 1. 2. 1935 (RGBl. I, S. 74). Entsprechend bestimmt die Gnadenordnung vom 6. 2. 1935 (§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 und § 15 Abs. 5), daß die Niederschlagung nur „bei Vorliegen ganz besonderer Umstände" in Frage kommt.

Es widerspräche aber den Grundanschauungen des neuen Staates, neben diesem dem Führer ausdrücklich vorbehaltenen Niederschlagungsrecht noch ein zweites des untergeordneten Justizministers anzunehmen. Gerade für den neuen Staat steht unzweideutig fest, daß auch das Justizministerium sich nicht über den im Gesetz verkörperten Führerwillen hinwegsetzen darf und also dem Legalitätsprinzip untersteht[29]). Daß auch der Reichsjustizminister selbst diesen Standpunkt einnimmt, geht unzweideutig aus der A.V. vom 20. 7. 1934 (DJ. S. 926) hervor.

III. Wenn festgestellt ist, daß das Legalitätsprinzip auch für die oberste Spitze der Staatsanwaltschaft gilt, so ist damit noch nicht ohne weiteres bestimmt, daß im Bereich der Staatsanwaltschaft nicht Anordnungen entgegen § 152 Abs. 2 mit rechtsverbindlicher Kraft ergehen können. Die hier auftauchende Frage stellt einen Anwendungsfall des allgemeinen Problems des „rechtswidrigen bindenden Befehls" auf die staatsanwaltschaftliche Hierarchie dar[30]).

Wie schon erwähnt, wurde die Frage anfänglich, soweit man sie überhaupt erkannte, einfach dahin beantwortet, daß gemäß §§ 146, 147 GVG. jede Anordnung unbedingt zu befolgen sei[31]). (Für die Autoren, die das Legalitätsprinzip nicht auf die Ministerien erstreckten, war die Befehlsgewalt selbstverständlich absolut[32]). Auch in der neueren strafrechtlichen Literatur[33]) werden die §§ 146, 147 GVG. zu den Bestimmungen gezählt, bei denen bindende rechtswidrige Anordnungen denkbar seien.

---

27) Stolzenburg, DJ. 1934 S. 1028.
28) K. Schäfer, JW. 1935 S. 900.
29) So auch Dahm, ZStW. 54 S. 401 ff. Ebenso Freisler, DStrR. 1935 S. 288.
30) Kitzinger, GA. 72 S. 281 ff.
31) Vergl. S. 37, insbes. Anm. 10.
32) Vergl. S. 37; bes. Hellm. Mayer in Frank-Festg. 1930 S. 589.
33) v. Liszt-Schmidt 25. Aufl. S. 197; Mezger Strafrecht 1931 S. 226; Frank StGB. 18. Aufl. vor 4. Abschn. Z. III; a. M. v. Hippel II S. 262 ff.

Dagegen hält die neuere strafprozessuale Literatur, im Anschluß an Bennecke-Beling[34]) und in Anlehnung an die allgemeine Behandlung des Problems im Verwaltungsrecht, einen Befehl entgegen § 152 Abs. 2 für unverbindlich[35]).

In der Tat stellt der durch §§ 146, 147 GVG. gegebene hierarchische Aufbau der Staatsanwaltschaft nicht etwas derart Besonderes dar, daß man daraus eine gegenüber anderen Beamtenkategorien vermehrte Gehorsamspflicht ableiten könnte[36]). Es war bereits seit langem allgemein anerkannt, daß der Beamte vor Ausführung einer Anordnung jedenfalls zu prüfen hat, ob die drei formellen Voraussetzungen der eigenen sachlichen und örtlichen Zuständigkeit und der Zuständigkeit des Befehlenden sowie einer etwa vorgeschriebenen Form gegeben sind[37]). Darüber hinaus treten die neueren Autoren und die Rechtsprechung, z. B. das preuß. OVG.[38]), für ein materielles Prüfungsrecht ein, wobei entweder auf die Rechtswidrigkeit[39]) oder die Strafbarkeit[40])[41]) der befohlenen Handlung abgestellt wird. Auf diese Streitfragen näher einzugehen, erübrigt sich, weil inzwischen eine gesetzliche Regelung erfolgt ist.

Das neue, am 1. 7. 1937 in Kraft tretende DBG. vom 26. 1. 1937 hat sich der in der Literatur überwiegenden Meinung[41]) angeschlossen. Nach § 7 DBG. darf der Beamte „eine Anordnung nicht befolgen, deren Ausführung für ihn erkennbar den Strafgesetzen zuwiderlaufen würde". Da nun die weitaus größte Zahl von rechtswidrigen Handlungen zugleich gegen den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes verstoßen, sind rechtswidrige Befehle der Regel nach unverbindlich, allerdings sofern sie als solche klar zu erkennen sind. Das Gesetz hat mit dieser „Sicherungsklausel" den besonders von der Rechtsprechung betonten sogen. Vertrauensgrundsatz eingeführt, daß nämlich jeder Beamte die Rechtmäßigkeit einer Anordnung zunächst zu vermuten hat und erst dann den Gehorsam aufsagen kann und soll, wenn die Unrechtmäßigkeit ihm offenbar sein muß[42]). Das bedeutet, daß der untergeordnete Beamte seinen Gehorsam nicht von der Richtigkeit seiner Rechtsauslegung abhängig machen darf, sondern sich in allen rechtlichen Zweifelsfragen der Meinung des Vorgesetzten zu fügen hat[43]); für die Staatsanwaltschaft ist das von besonderer Bedeutung.

---

34) a.a.O.
35) Beling, L. B. S. 139; Gerland, S. 160; Hupperschwiller, GA. 75 S. 1 ff.; Lobe, GS. 96 S. 37 ff.; Coenders, ZStW. 35 S. 879 und Anm. 8.
36) Drerup S. 26.
37) Vergl. v. Ammon S. 68; Drerup S. 28.
38) Vergl. Recht 23, 420 Nr. 1442 und bei Drerup S. 42; Brand RBG. 1902 S. 30 und Preuß. DienststrafO. 1935 S. 166.
39) v. Ammon S. 76/77; Brand a.a.O.
40) Battenberg S. 63 ff.; Coenders a.a.O.
41) Meyer-Anschütz und O. Mayer, (Jellinek), zitiert nach Drerup S. 43; Hatscheck, VerwR. 1924 S. 306.
42) Brand a.a.O.
43) v. Ammon S. 74/76.

Da durch § 346 StGB. u. a. auch die Verletzung der Verfolgungspflicht unter Strafe gestellt wird [44]), ist eine dem Legalitätsprinzip offensichtlich zuwiderlaufende Anordnung für den untergeordneten Staatsanwalt also unverbindlich. Er braucht und darf ihr nicht Folge leisten.

§ 7. 3) Die Gewährleistung des Legalitätsprinzips.

Zur Gewährleistung der staatsanwaltschaftlichen Amtspflicht hat das Recht eine Reihe von sichernden Normen geschaffen. Wie das Legalitätsprinzip selbst, sind auch diese zum großen Teile staats- (bezw. verwaltungs-)rechtlicher Natur [1]).

I. Die naturgegebene und wichtigste Sicherung liegt in der bisher unter dem entgegengesetzten Gesichtspunkt gewürdigten Anweisungsbefugnis der vorgesetzten Stellen bis hinauf zum Justizminister. Sie wird ausgelöst durch die einfache frist- und formlose Dienstaufsichtsbeschwerde. Daß diese neben der Sonderbeschwerde nach §§ 172 ff. zulässig ist, wird zwar im Gesetz nicht besonders erwähnt, ist aber unbestritten [2]). Wird die Beschwerde für berechtigt befunden, so erfolgt Anweisung zur Klageerhebung, wenn ihr nicht durch Devolution oder Substitution abgeholfen wird.

Natürlich erstreckt sich die Korrektur auch auf die richtige Ausübung des staatsanwaltschaftlichen Ermessens im Bereiche des Opportunitätsprinzips; hier bietet die Verwaltungsbeschwerde die einzige Möglichkeit einer Wahrung der berechtigten Belange des Verletzten.

II. Vor der Reichsvereinheitlichung wurde diese Sicherung gegenüber dem Justizminister selbst ergänzt durch die allgemeinen verfassungsrechtlichen Garantien. Die parlamentarische Verantwortlichkeit konnte im konstitutionellen Staat keine Bedeutung gewinnen, ebenso wie die Ministeranklage praktisch ohne Wert blieb. Im parlamentarischen Staat war erstere ein für den Einzelfall kaum zureichendes und dann sehr bedenkliches Mittel [3]). Gegenüber dem Reichsjustizminister bestand hier die Möglichkeit einer Anklage vor dem Staatsgerichtshof, Weimarer Verfassung Art. 59 und Gesetz vom 9. 7. 1921. Im konstitutionellen Bundesstaat konnte gegenüber den obersten Landesjustizbehörden das Legalitätsprinzip mittels des dem Reiche nach Art. 4 a.RV. zustehenden Aufsichtsrechtes (Mängelrüge) gewahrt werden (s. dazu auch Art. 11) [4]). Es ist ein

---

44) Vergl. § 346 n. F. in Frank-Nachtrag (Schäfer-Dohnanyi).

1) Mittermaier, Parteistellung, S. 62/63: Das Legalitätsprinzip verlangt staatsrechtliche Garantien.

2) Ostler, S. 3 und 43.

3) Graf Dohna: Vortrag PrStA. 1928, S. 46

4) v. Kries, S. 101; Preiser, S. 82.

Fall der Anweisung des Bundesrates gegenüber Hamburg 1877 bekannt geworden [5]).

Im Weimarer Staat bestand dieselbe Möglichkeit, gemäß Art. 7 Ziff. 2 und Art. 15 Weimarer RV.; die letzte Entscheidung hatte der Staatsgerichtshof (Art. 15 Abs. 3) [6]).

Im nationalsozialistischen Reich sind diese verfassungsrechtlichen Garantien hinfällig geworden. Für den Reichsjustizminister besteht nur noch die Verantwortung gegenüber dem Führer und Reichskanzler und dessen oberster Befehlsgewalt.

III. Die Privat- oder Popularklage war als Korrektiv des Legalitätsprinzips entgegen den wiederholten Forderungen der Wissenschaft weder bei der Schaffung der StPO. noch später eingeführt worden [7]). Statt dessen hatte man in einem Kompromiß das Klageerzwingungsverfahren nach §§ 172 ff. (früher § 170) geschaffen. Es stellt gewissermaßen eine letzte Auswirkung der privatrechtlichen Verbrechensauffassung dar [8]).

Hiernach hat der Antragsteller (vgl. § 158 Abs. 1 StPO.), wenn er zugleich der „Verletzte" ist, eine prozessuale Sonderbeschwerde gegen den die Klageerhebung ablehnenden Bescheid. Wenn der vorgesetzte Staatsanwalt ihr nicht abhilft, kann der Verletzte binnen zwei Monaten den Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen. Zuständig ist der Strafsenat des Oberlandesgerichts, bezw. des RG. Das Gericht prüft an Hand der Akten und nötigenfalls eigener Ermittlungen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Anklagezwanges vorliegen, und beschließt bejahendenfalls die Anklageerhebung. Der Staatsanwalt kann an der Ausführung dieses Beschlusses durch keinerlei Anweisungen mehr behindert werden [9]).

Der bis heute abschließend nicht geklärte Begriff des Verletzten ist jedenfalls nicht auf den unmittelbar Verletzten zu beschränken; hierunter fällt auch derjenige, der z. B. zu einem Getöteten in einem rechtlich bedeutsamen Lebensverhältnis stand [10]).

Aus Sinn und Entstehungsgeschichte des Verfahrens folgt, daß es nur so weit gilt wie das Legalitätsprinzip [11]). Über die Opportunität kann das Gericht nicht befinden; das freie Ermessen ist grundsätzlich nur von der betrauten Behörde wahrzunehmen. Die Voraussetzungen der Opportunität können jedoch nachgeprüft werden; in Besonderheit gilt das für dehnbare Rechtsbegriffe [12]). Die

---

5) Ortloff, GrünhZ. 23, S. 9/10.
6) Dietz, S. 18.
7) Vgl. oben S. 12—14.
8) Graf Dohna, S. 65.
9) Löwe-R. § 152 Ziff. 8.
10) vergl. die Arbeiten von Dietz und Ostler.
11) Das ist von der gesamten Literatur anerkannt. Siehe Ostler, S. 78 ff.; Dietz, S. 19 ff.; RG. 23, 361; nur Puchelt § 172 Anm. 2 und Mewes, S. 179 Anm. 40 sind die einzigen Ausnahmen.
12) vgl. oben S. 3; Schimmelburg, GS. 95, 296 im Endergebnis anders.

Unterscheidung des freien und gebundenen Ermessens wird so von entscheidender Bedeutung.

Da das Klageerzwingungsverfahren die Durchführung und Nachprüfung der öffentlich-rechtlichen Amtspflicht einer Behörde zum Gegenstand hat, ist es seiner Rechtsnatur nach nicht als Strafprozeß, sondern am ehesten mit Hegler[13]) als Verwaltungsverfahren aufzufassen.

IV. Das Gesetz hält die Beachtung des Legalitätsprinzips für derart bedeutsam, daß es seine Verletzung mit Strafe bedroht. Nach § 346 StGB. a.F. wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren der Beamte bedroht, der die Verfolgung einer strafbaren Handlung in der Absicht unterläßt, jemand der gesetzlichen Strafe zu entziehen. Nach einer Meinung war hier Absicht als Vorsatz zu verstehen[14]), während allerdings die Mehrheit und wohl auch das RG. sie als qualifizierten Vorsatz auffaßt[15]). Danach war die Sanktion allerdings unzureichend. Jede befohlene Unterlassung war in der Person des Ausführenden straflos, auch wäre für die Person des Justizministers der qualifizierte Vorsatz kaum jemals zugetroffen[16]).

Durch das Gesetz vom 24. 11. 1933 ist § 346 neu gefaßt worden. Jetzt wird jede wissentliche Begehung, d. h. unbedingter Vorsatz[17]), bestraft. Die Strafsanktion ist also wesentlich verschärft.

B. Das Opportunitätsprinzip.

§ 8. 1) Das Opportunitätsprinzip auf außerstrafprozessualem Gebiet.

Daß das Legalitätsprinzip im deutschen Strafprozeß nicht ohne Ausnahme gelten soll, bringt schon die Fassung des § 152 Abs. 2 StPO. zum Ausdruck: „Soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist". Diese gesetzlichen Ausnahmen können sich nicht nur in der StPO., sondern auch in anderen Reichsgesetzen und, soweit eine reichsgesetzliche Ermächtigung besteht, auch in „Landesgesetzen" befinden[1]).

Wie schon erwähnt, enthält das materielle Strafrecht von vornherein einige solcher Ausnahmen.

a) Für die im Auslande begangenen Delikte besteht nach § 4 Abs. 1 in Verb. § 6 StGB. in der Regel ein Verfolgungsverbot[2]).

---

13) Nach Ostler, S. 14.
14) s. Frank, 18. Aufl., § 346 Ziff. IV. (Rosenfeld, S. 54).
15) Frank selbst a.a.O.; RG. 54, 351.
16) Graf Dohna, Vortrag 1928, S. 46.
17) Frank: Nachtrag 1935, § 346.

1) Nach anfänglichen Zweifeln allgemein anerkannt: So John, II, S. 227 gegen Stenglein, S. 313; v. Kries, S. 268; Ullmann, L. B. S. 214; Bennecke, S. 165; Geyer, S. 406; Preiser, S. 80; Kersebaum, S. 30/31.
2) Falsch Preiser, S. 81; richtig Zwickel, S. 2; Bernsdorf, S. 16.

Hier wird nur formell eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip, in Wirklichkeit aber die Grenze der deutschen Strafgerichtsbarkeit festgesetzt (vgl. § 3 StGB.). Von dieser Regel sind durch Gesetz und Staatsverträge wieder zahlreiche Ausnahmen geschaffen worden, z. B. §§ 102[3]), 140 ff., 298 StGB., § 121 Seem.O., § 14 Geschm.-Must.G., i. V. Gesetz vom 11. 7. 1870 u. a. m.[4]).

Ferner können nach § 4 Abs. 2 i. V. § 5 bestimmte Auslandsverbrechen und -vergehen verfolgt werden Hier wird mit einer Ausnahme von § 4 Abs. 1 zugleich auch das Opportunitätsprinzip eingeführt. Eine Pflicht zur Verfolgung wäre hier angesichts der naturgegebenen Schwierigkeiten widersinnig. Zugleich wird dem Staatsinteresse vollkommen genügt, wenn die Möglichkeit der Verfolgung besteht. Bei den politischen Delikten des Hoch- und Landesverrates besteht außerdem u. U. ein dringendes staatliches Interesse an der Nichtverfolgung. Aus diesem Grunde besteht für die von Ausländern im Auslande begangenen Straftaten auch die Prozeßvoraussetzung der Zustimmung des Reichsjustizministers (§ 4 Abs. 3). Bei der ständigen Gefahr internationaler Verwicklungen konnte hier das Ermessen nicht den unteren Verfolgungsbehörden allein anvertraut werden. Es besteht also ein besonders modifiziertes Opportunitätsprinzip.

b) Nach § 37 StGB. ist gegen einen im Auslande bestraften deutschen Staatsangehörigen ein Strafverfahren „zulässig", um die nach dem deutschen Rechte mögliche Aberkennung der Ehrenrechte herbeizuführen. Für die Einleitung dieses Verfahrens gilt also Opportunität.

c) Freies Ermessen der Staatsanwaltschaft gilt auch für die Betreibung des sogen. objektiven Strafverfahrens, in dem selbständig auf Einziehung oder Unbrauchbarmachung erkannt werden kann (vergl. § 42 1. V. § 40, 41, § 93 a Abs. 3, § 152 StGB., außerdem viele Nebengesetze; dazu §§ 430 ff. StPO.)[5]). Nach vorherrschender Ansicht ist das allerdings nur insoweit der Fall, als in den materiell-rechtlichen Bestimmungen die Anordnung dieser Maßnahmen nicht zwingend vorgeschrieben ist, also bei §§ 40, 360, 367, nicht aber bei §§ 41, 152, 295 u. a.[6]).

d) Die Einleitung des selbständigen Sicherungsverfahrens nach §§ 429 a ff. fällt dagegen aus dem Bereiche des § 152 Abs. 2 heraus. Die Handlung des zurechnungsunfähigen Täters stellt, da die Strafvoraussetzung der Schuld nicht vorliegt, keine „Straftat" dar, und

3) Vergl. RGRKomm. (Ebermayer-Lobe-Rosenberg), 4. Aufl. 1929 § 102 Ziffer 3.

4) Vgl. für die Vorkriegszeit Übersicht bei Preiser, S. 81.

5) Ob diese Maßregeln, insbesondere die Einziehung, überhaupt Strafcharakter haben und nicht vielmehr als polizeiliche Maßnahmen aufzufassen sind, ist allerdings umstritten. s. Graf Dohna, S. 259.

6) so Bennecke-Beling, S. 683 Anm. 19; Beling, S. 141; Graf Dohna, S. 261; Ullmann, S. 573; a. M. für Erstreckung auf das ges. obj. Strafverf. Löwe-R. § 430 Z. 4 a; Zwickel, S. 3; Kamps, S. 48.

die Maßregeln der Sicherung und Besserung sind keine Strafen [7]). Sie werden in einem besonderen Verfahren ausgesprochen, für das die Vorschriften über das Strafverfahren nur sinngemäß gelten (§ 429 b). Für die Stellung des Antrags ist nach § 429 b der Staatsanwaltschaft wohl freies Ermessen gegeben; dieses fällt aber nicht unter den Begriff des Opportunitätsprinzips im eingangs angegebenen Sinne.

e) Nachdem die früheren landesrechtlichen Abweichungen vom Legalitätsprinzip hinsichtlich der Strafverfolgung von Angehörigen der Fürstenhäuser hinfällig sind, haben nur noch die nach § 6 Ziff. 3. EGStPO. zulässigen landesrechtlichen Vorschriften über die polizeilichen Strafverfügungen Bedeutung. In Preußen gilt hierfür gemäß § 59 PVG. das Opportunitätsprinzip.

f) Das JGG. gewährt in § 32 Abs. 2 dem Opportunitätsprinzip in weitem Umfange Einlaß. Dieses hat hier jedoch keine selbständige Bedeutung, sondern „ist die prozessuale Widerspiegelung der materiell-rechtlichen Vorschriften der §§ 6 und 9 Abs. 3 über die besonderen jugendrechtlichen Straflosigkeitsgründe“ [8]). Aus der Natur des Jugendrechts folgt auch die Notwendigkeit der vorgesehenen richterlichen Zustimmung.

Angesichts der besonderen Natur des JGG. kann auf diese Bestimmungen im Rahmen der Arbeit nicht näher eingegangen werden.

g) Die außerhalb der StPO. seit 1933 eingeführten Opportunitätsbestimmungen werden noch im Zusammenhange behandelt werden.

§ 9. 2) Das Privatklageverfahren.

Für die Privatklagedelikte des § 374 StPO. bestimmt § 376, daß die Klage von der Staatsanwaltschaft nur erhoben wird, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Daß hiermit das unbeschränkte Opportunitätsprinzip Geltung erlangt hat, war seit Schaffung der StPO. unbestritten (§§ 414, 416 a. F.). Man begründete das meist mit Hinsicht auf den in den Motiven [1]) klar ausgesprochenen gesetzgeberischen Willen, ohne auf den für § 376 maßgeblichen Begriff des „öffentlichen Interesses“ näher einzugehen. Wir haben schon zu Anfang diese Kategorie als mit der Opportunität schlechthin gleichbedeutend erkannt [2]). Als solche erschien sie uns auch im Verlaufe der historischen Untersuchung [3]). Das „öffentliche Interesse“ ist also mit der allgemeinen Opportunität gleichbedeutend. Eine rechtlich-normative Erfassung dieses Begriffes ist auch hier unmöglich [4]).

7) Mezger S. 90, 484, 518.
8) Hagemann, JR. 29 S. 116.
1) Hahn, S. 227, 258, 439 ff.
2) Vgl. oben S. 3/4.
3) Vgl. oben S. 9 ff.
4) v. Holtzendorff· Reform, S. 27; v. Lilienthal ZStW. 29, 198; Nagler, GS. 73, 171 und GS. 90, 426.

Das „öffentliche Interesse" wird im Einzelfalle bestimmt durch das pflichtmäßige Ermessen der Staatsanwaltschaft oder durch die von den vorgesetzten Stellen nach ihrem Ermessen gegebenen Anordnungen [5]). Es erweist sich damit als eine elastische, den zeitlichen Veränderungen raumgebende Formel und gewinnt seinen näheren Inhalt durch die herrschende Staatsauffassung im allgemeinen und die zeitlich bedingten staatlichen Notwendigkeiten im besonderen. Im nationalsozialistischen Reich ist es gleichzusetzen mit dem „Wohle der Volksgemeinschaft". Damit dürfte auch eine Abwendung von der oft einseitigen Betonung bürokratischer Interessen erfolgen [6]). Die zur Ausfüllung im einzelnen gegebenen Erläuterungen früherer Zeiten haben nur noch beschränkte Bedeutung, müssen jedoch als z. Zt. einziges Mittel zur praktischen Darstellung herangezogen werden.

Eine gewisse (innere) Begrenzung des Ermessens tritt dadurch ein, daß es von der Staatsanwaltschaft als Rechtspflegebehörde wahrzunehmen ist. Wenn es auch keineswegs auf Gerechtigkeit und Billigkeit zu beschränken ist, wird es doch niemals kraß dagegen verstoßen [7]). Auch eine einseitige Betonung von fiskalischen Interessen wäre zum mindesten bedenklich [8]).

Zwar ist die Staatsanwaltschaft nicht an die moralische Billigung der Öffentlichkeit gebunden [9]); regelmäßig wird allerdings maßgeblich sein, „ob das im Volke wurzelnde gesunde Rechtsempfinden eine Bestrafung verlangt" [10]).

In erster Linie ist auf die Tat selbst und ihre Strafwürdigkeit abzustellen. Schwere und Begehungsart, besondere Roheit und Gefährlichkeit, die Störung der öffentlichen Ordnung, z. B. durch Begehung auf der Straße, sind maßgeblich [11]). Die Persönlichkeit der Beteiligten ist gleichfalls zu beachten; Ruf und Vorstrafen des Täters, seine in der Tat bezeugte Gesinnung, weiter die Stellung des Verletzten [12]) können von Einfluß werden. Dabei kommt es natürlich im heutigen Staat nicht auf Stand oder Beruf des Verletzten an sich, sondern auf seine „Stellung im öffentlichen Leben" an. So berühren Beleidigungen und Verletzungen von Amtsträgern in Staat und Bewegung in bezug auf ihre Amtstätigkeit ohne weiteres das öffentliche Interesse [13]). Wenn die vorgesetzte Amtsstelle einen Antrag gemäß § 196 StGB. stellt, wird in aller Regel ein öffentliches Interesse zu bejahen sein [14]). Überhaupt wird im Gegensatz zu frü-

5) Löwe-R., § 376 Ziff. 3.
6) Friedersdorff, JW. 29 S. 2694.
7) Vgl. dazu AV. RJM. (Richtlinien für das Strafverfahren) vom 13. 4. 1935.
8) Friedersdorff, a.a.O.
9) (Simonson, GA. 38, 145 ff.); hiergegen Schreiber, DRZ. 32, 137; Hupperschwiller, DRZ. 30 S. 93.
10) s. AV. RJM. (Richtlinien).
11) Schreiber, a.a.O.
12) Schreiber, Hupperschwiller, a.a.O.
13) AV. RJM. (Richtlinien).
14) AV. RJM. (Richtlinien) und Hupperschwiller, a.a.O.

her heute schon jede wirkliche Ehrenkränkung beachtlich sein — oder sollte es wenigstens sein[15]).

Außerhalb der Tat liegende Momente können in gleicher Weise Bedeutung gewinnen: z. B. die Häufigkeit und Möglichkeit der Anreizung zu ähnlichen Taten und die zeitlich bedingte Notwendigkeit der Bekämpfung[16]). Der Staat hat so die Möglichkeit einer Regulierung von hervortretenden Mißständen (s. z. B. AV.RJM. Nr. 368 bezüglich strenger Verfolgung von Trunkenheitsdelikten). Der Staat kann weiter Volksgenossen, die aus irgendwelchen Gründen nicht in der Lage sind, ihre Belange zu wahren, helfend zur Seite treten (vgl. AV.PrJM. vom 7. 9. 1926 [JMBl. S. 342] über die Verletzung der Urheberrechte und AV. PrJM. vom 16. 8. 1927 [JMBl., S. 223] über das Ausverkaufswesen).

Auch der Wunsch des Staates, eine zweifelhafte Rechtssache zur gerichtlichen Klärung zu bringen, kann bestimmend sein. Andererseits können auch besondere Staatsinteressen einer öffentlichen Erörterung der Sache entgegenstehen[17]).

Nach dem Wortlaute des § 376 ist das öffentliche Interesse nur für die Klageerhebung entscheidend. Die Staatsanwaltschaft hat aber natürlich auch schon vorher alle Umstände auf ein mögliches Gemeininteresse zu prüfen. Da sie regelmäßig vom Verletzten die Anzeige erhält, wird sie auf weitere Ermittlungen meist verzichten können.

Im Falle der Tateinheit eines Privatklagedeliktes mit einem Offizialdelikt findet § 376 keine Anwendung, da die Staatsanwaltschaft ebenso wie das Gericht einen einheitlichen Vorgang umfassend würdigen muß[18]).

Für die Klageübernahme nach § 377 Abs. 2 werden die angeführten Gesichtspunkte zum großen Teile auch Geltung haben; jedoch fällt dieses aus dem eigentlichen Bereich unseres Fragenkreises, da das Gericht ja bereits befaßt ist.

Daß das Klageerzwingungsverfahren auf die Privatklagedelikte keine Anwendung findet, ist allgemein anerkannt[19]). Entscheidend dafür sollte nicht so sehr die ausdrückliche Feststellung der Motive sein, sondern die Natur des freien Ermessens[20]).

3) § 153 StPO.

Die wichtigste gesetzliche Ausnahme vom Legalitätsprinzip bildet der § 153, der die Berücksichtigung der Geringfügigkeit bei der Strafverfolgung von Übertretungen und Vergehen zuläßt. Es ist jedoch festzuhalten, daß nur die Absätze 1 und 2 Einschränkungen

15) Vgl. AV. RJM. (Richtlinien).
16) Schreiber, a.a.O.
17) Hupperschwiller, a.a.O.
18) Klann, DRZ. 30 S. 95 gegen Hagemann, DRZ. 29 S. 332.
19) s. oben S. 43 Anm. 11.
20) Ostler, S. 78/79.

des Legalitätsprinzips darstellen, da nur sie sich auf die Verfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft beziehen[1]). Die gerichtliche Einstellung nach § 153 Abs. 3 ist eine Ausnahme von der „richterlichen Legalität". Auch die Zustimmung des Staatsanwalts fällt aus dem Bereich der eigentlichen Opportunität heraus. Sie stellt eine besondere Sicherheitskautel des Gesetzes dar, um das staatliche Verfolgungsinteresse bei der richterlichen Billigkeitserwägung zur Geltung zu bringen. Da für sie dieselben Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte maßgeblich sind, kann man sie als Fernwirkung der Opportunität bezeichnen.

§ 10. Das Opportunitätsprinzip bei Übertretungen.

I. Für die Verfolgung von Übertretungen gilt zur Zeit der § 2 Kap. I 6. Teil NotVO. vom 6. 10. 1931, der eine Erweiterung des § 153 Abs. 1 darstellt. Wenn letztere Bestimmung auch wohl nie wieder rechtliche Wirksamkeit erlangen wird, so ist es doch nötig, sie wegen der an sie geknüpften Zweifelsfragen eingehend zu behandeln.

§ 153 Abs. 1 enthält ohne Zweifel eine Einschränkung des Legalitätsprinzips. Ob er aber unter die Opportunitätsmaxime fällt, kann angesichts des Wortlautes zweifelhaft sein und wird auch vielfach bestritten.

So sehen Lobe[1]), Hagemann[2]) u. a.[3]) die Bestimmung nicht als Fall des Opportunitätsprinzips, sondern als Verfolgungsverbot, als eine negative Prozeßvoraussetzung, ähnlich § 177 Entwurf 1919, an. Die Staatsanwaltschaft habe das Vorliegen aller Voraussetzungen objektiv zu prüfen, auch des „öffentlichen Interesses". Dieses wird also als unbestimmter Rechtsbegriff angesehen. Folgerichtig muß das Gericht das Verfahren auch selbständig ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft einstellen. § 153 Abs. 3 soll danach nur in bezug auf § 153 Abs. 2 gelten[4]).

Nach anderen bringt die Vorschrift für den ganzen Bereich der Übertretungen das Opportunitätsprinzip zum Ausdruck, da die hier verwandten Begriffe „geringe Schuld" usw. sämtlich „kautschukartig" seien und nur das Ermessen entscheide[5]).

Andere wieder erblicken in nicht sehr klarer Weise in § 153 Abs. 1 ein begrenztes Anklageverbot, eine Mußvorschrift, die doch praktisch wieder Kannvorschrift werde, da sich eine Begriffsbestimmung des öffentlichen Interesses nicht geben lasse[6]).

---

1) Plumeyer, JR. 29 S. 1 ff.
1) DJZ. 24 S. 81; GS. 96 S. 37 ff.; Verhandlung 35. dt. Juristentages II, S. 567 ff.
2) JR. 29 S. 116 ff.
3) Kieper, § 17; dagegen richtig Zwickel, S. 9.
4) Hagemann, a.a.O.; Kieper, a.a.O.
5) Mannheim, JW. 24 S. 1646; Rosenberg DJZ. 24 S. 260.
6) Nagler, GS. 73, 171; GS. 90, 426; Grebe, GA. 72, 81 ff.

Den Grund dieser Unklarheiten bildet die mangelhafte Unterscheidung der Begriffe freien und gebundenen Ermessens, die hier in nicht sehr übersichtlicher Weise verknüpft sind, besonders aber die Verkennung des „öffentlichen Interesses". Es ist unmöglich, diesen Begriff in § 153 Abs. 2 anders aufzufassen als in § 376[7]). Er bezeichnet auch hier nur freies Ermessen.

Dem stimmt auch die Mehrzahl der Autoren zu. Wenn hier allerdings die meisten[8]) § 153 I als Mußvorschrift auffassen, die durch den Vorbehalt des öffentlichen Interesses gleichzeitig der Opportunität Eingang gewähre, so lassen sie sich durch die Formulierung hindern, klar zu erkennen, inwieweit freies Ermessen gilt. Dies kann hier nur durch scharfe Analyse gefunden werden. Vor allem müssen die unbestimmten Rechtsbegriffe richtig gewürdigt werden.

Offenbar wird dies bei der Prüfung der Zulässigkeit des Klageerzwingungsverfahrens. Während Mannheim[9]) hier alle Voraussetzungen für nachprüfbar hält, sind für die überwiegende Meinung (auch die letzgenannten Autoren) im Anschluß an Bumke[10]) nur die Voraussetzungen der „geringen Schuld" und „unbedeutenden Folgen" der Beurteilung des Gerichtes unterworfen[11]). Das wird auch von der Rechtsprechung anerkannt, wenn diese sich auch, da es bei Übertretungen praktisch kaum je einen Verletzten gibt, nur beiläufig dazu äußern konnte[12]). — Damit ist der Weg zur Erfassung gegeben: Die genannten Bezeichnungen der Geringfügigkeit grenzen als unbestimmte Rechtsbegriffe den Spielraum des freien Ermessens ab; sie sind Voraussetzungen der Opportunität und müssen als solche der Nachprüfung des Gerichtes unterliegen[13]). Die negative Fassung des § 153 Abs. 1, der eine Verfolgung nur als Ausnahme zuläßt, darf darüber nicht hinwegtäuschen. Sie hat nur instruktionelle Bedeutung und macht darauf aufmerksam, daß nur höchst selten ein öffentliches Interesse vorliegen wird. Es gilt also hier bei § 153 Abs. 1 die Opportunität im Bereiche der geringfügigen Übertretungen[14]).

Daß allerdings in der Praxis alle drei in § 153 Abs. 1 genannten Begriffe ohne Unterscheidung als Richtpunkte für die Nichtverfolgung gebraucht werden, ist richtig. Es war ein gesetzestechnischer Fehler, innerhalb der Übertretungen noch eine besondere Gering-

7) So Hagemann, a.a.O.; Kronecker, ZStW. 45, 421; dagegen Schreiber, DRZ. 32, 137; Löwe-R. § 153 Z. 5.

8) Schäfer-Hartung § 153 Z. 3; Klann JR. 30, 140; Zwickel S. 10; Bernsdorf S. 27; Kohlrausch § 153; Kiesow § 153 Nr. 2.

9) a.a.O. 10) § 23 Ziff. 11.

11) Löwe-R. § 153 Ziff. 5, § 172 Ziff. 4; Kiesow a.a.O.; Schäfer-Hartung § 172, Ziff. 1 und Ostler, S. 88; Dietz, S. 19.

12) Hans. OLG. JW. 32 S. 2744, dazu ausdrücklich zustimmend Dahm; desgl. OLG. Köln HRR. 25, 21; HRR. 1930, Nr. 947.

13) Dahm, a.a.O.; Ostler, S. 88; Dietz, S. 19.

14) Vgl. oben S. 3. Diese Fassung der Opportunität durch Begrenzung nach Geringfügigkeit hatten wir schon als Ergebnis der historischen Entwicklung erkannt, oben S. 18 ff.

fügigkeit zu unterscheiden; Schuld und Tatfolgen sind hier stets gering[15]). Deshalb ließ § 2 NotVO. die Schranken der Geringfügigkeit fallen, so daß das Opportunitätsprinzip nun für alle Übertretungen gilt. Daß § 2 Abs. 1 die Nichtverfolgung ebenfalls als Regel aufstellt, beweist übrigens die Richtigkeit der Beurteilung von § 153 Abs. 1.

II. Da die den Ermessensspielraum begrenzenden Voraussetzungen dehnbare Rechtsbegriffe bilden, lassen sie Staatsanwaltschaft und Polizei einen erheblichen Spielraum der Prüfung. Diese Begriffe können daher nur beispielsweise erläutert werden.

a) Der Begriff „Schuld" begreift zwar Vorsatz und Fahrlässigkeit in sich, ist aber keineswegs mit dem strafrechtlich-technischen Begriff gleichbedeutend, sondern im ethischen Sinne aufzufassen. Er bezieht sich also auf die innere Einstellung des Täters, seine in der Tat bewiesene moralische Gesinnung und ist also mehr im Sinne der Strafzumessung zu verstehen[16]). Auch die Praxis verfährt entsprechend[17]).

Einen Anhalt bietet der Vergleich mit dem durchschnittlichen Maß der Schuld[18]). Man hat eine objektive Würdigung der Gesinnung des Täters, der bewiesenen Gleichgültigkeit und der Zweckvorstellung vorzunehmen. Hat der Täter aus augenscheinlichem Mutwillen, grober Leichtfertigkeit oder bloßer Lust am Verbotenen gehandelt, so wird von Geringfügigkeit nicht mehr die Rede sein können. Insbesondere ist auch zu beachten, ob der Täter in entschuldbarer Weise die Verbotsvorschriften nicht kannte[19]). Wenn eine behördliche Verwarnung vorausgegangen ist oder es sich um eine wiederholte Übertretung handelt, wird die Schuld nie gering sein, ebenso wenn Vorstrafen beweisen, daß es dem Täter mit der Beachtung dieser Verbotsgesetze nicht genau hält[20]). Ferner ist auf die Persönlichkeit des Täters, seine Einsicht und Vorbildung zu sehen.

Wenn mehrere zusammen die Übertretung begehen, wird Geringfügigkeit deshalb häufig ausgeschlossen sein. Allerdings kann die Schuld von Mittätern oder Teilnehmern sehr wohl verschiedene Beurteilung erfahren, z. B. infolge örtlicher Unkenntnis[21]).

---

15) Beling, L. B. S. 140; Hölder DRZ. 32 S. 112.

16) Feisenberger, § 153 Nr. 5; Kiesow, § 153 Nr. 6; Schäfer-Hartung § 153, Ziff. 5; jetzt auch Löwe-R. § 153 Ziff. 3; Grebe GA. 72, 82; Bernsdorf S. 24; Zwickel S. 15, a. A. wohl Bumke, § 23 Ziff. 6.

17) Zwickel, S. 16.

18) Bumke, a.a.O.; Nagler, GS. 90, 424; Peter, DJZ. 29, 1612; s. AV. Bayr. JM. vom 23. 3. 1924 (Bayerischer Staatsanzeiger vom 29. 3. 1924, Nr. 2). Richtlinien RJM. 147 Ziffer 1.

19) Richtlinien PrJM. und IM. vom 28. 12. 1928 (MBl. i. V. 1929, Nr. 2).

20) Bumke, § 23 Ziff. 7; Friedersdorff, a.a.O.; Grebe, GA. 72, 81 ff.; Löwe-R. § 153 Ziff. 3; Richtlinien RJM. 147 Abs. 1, 146 Abs. 2.

21) Grebe, a.a.O.; Zwickel, S. 18.

b) Ob die Tatfolgen unbedeutend sind, wird sich ebenfalls nur von Fall zu Fall ergeben. Auch hier ist der Gesichtspunkt der Durchschnittlichkeit beachtlich. Die Prüfung hat sich nicht auf solche Folgen zu beschränken, die der Täter voraussah oder voraussehen konnte[22]). Nach der preußischen RV. von 1928[23]) sollen die Tatfolgen dann unbedeutend sein, wenn die Übertretung lediglich geeignet war, eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach sich zu ziehen, nachteilige Folgen aber nicht gehabt hat. Der Kritik von Schorn[24]) ist zwar zuzugeben, daß bei Übertretungen über die bloße Tatbestandserfüllung hinausgehende Folgen nur selten vorhanden sind. Jedoch ist schon die eingetretene wirkliche Gefährdung eine beachtliche Tatfolge[25]). Das gilt auch, wenn die Verfehlung im Falle der Nichtahndung andere zur Nachahmung anreizen könnte[26]), vor allem bei Verkehrsvorschriften.

c) Dieser Gesichtspunkt leitet schon zu dem des öffentlichen Interesses über. Dieser Begriff ist im § 153 Abs. 1 genau so zu werten wie im § 376[27]). Naturgemäß ergeben sich aus der Verschiedenheit der Bestimmungen auch beträchtliche Unterschiede in der Ermessenspraxis. Die Fassung des § 153 Abs. 1, die die Bejahung des öffentlichen Interesses als Ausnahme gelten läßt, und die meist geringe Bedeutung der Übertretungen bedingen schon eine einengende Anwendung[28]). Entscheidend ist hier das Maß der Gefährdung des öffentlichen Friedens, der Belästigung des Publikums, kurz der guten Ordnung des Gemeinwesens[29]). Auch hier gewinnt die regulierende und kämpferische Funktion der Opportunität besondere Bedeutung. Besondere zeitliche Verhältnisse können eine rücksichtslose Verfolgung erfordern[30]). Bei Übertretungen, zu deren Tatbestand schon ein „gemeinschädliches Verhalten" gehört, z. B. solchen von Landstreichern, Bettlern, Dirnen, wird die Verfolgung entgegen der gesetzlichen Vorschrift zur Regel werden[31]).

Sehr häufig werden natürlich die beiden ersten Voraussetzungen der Geringfügigkeit mit der des mangelnden öffentlichen Interesses zusammenfallen[33]).

In dem heute maßgeblichen § 2 NotVO. nimmt das öffentliche Interesse einen umfassenderen Charakter an. Die Gesichtspunkte

---

22) Grebe, a.a.O.
23) S. 51 Anm. 19.
24) DRZ. 29, S. 94 ff.; so auch Bernsdorf, S. 25.
25) Bernsdorf, S. 26; Zwickel, S. 20.
26) Bumke, § 23 Ziff. 7; Grebe, a.a.O.
27) Löwe-R. § 153 Ziff. 5; Schreiber, DRZ. 32 S. 137.
28) Schreiber, a.a.O.
29) Schäfer-Hartung, § 153, Ziff. 3.
30) Grebe, a.a.O., Richtlinien RJM. 146, 147.
31) Richtlinien RJM. 146 Abs. 2.
32) Zwickel, S. 25; vgl. Richtlinien, a.a.O.; dazu Melcher, DJZ. 26 S. 132.
33) Grebe, a.a.O.

der geringen Schuld und unbedeutenden Tatfolgen sind hier bei der Ausübung des freien Ermessens nach wie vor zu beachten[34]).

III. § 153 Abs. 1 befreit die Verfolgungsbehörde nicht nur von der Anklageerhebung, sondern auch von den vorausgehenden Verfolgungsmaßnahmen[35]). Immerhin wird sich die Erforschung, wenn nicht die Sachlage von vornherein klar ist, auf das Vorliegen der Voraussetzungen erstrecken müssen. Es braucht auch nicht in jedem Falle die Täterschaft aufgeklärt zu werden, wenn die Geringfügigkeit als solche feststeht. Anderenfalls würde der Hauptzweck der Bestimmung: Ersparnis und Entlastung — häufig nicht erreicht werden.

Für § 2 NotVO. gilt all dieses entsprechend.

§ 11. b) Die Polizeibehörden und das Opportunitätsprinzip.

Seine größte Bedeutung auf dem Gebiete der Übertretungen hat das Opportunitätsprinzip für die Tätigkeit der Polizei. In besonderem Maße mußte das gelten, solange die Strafsanktionen des Polizeiunrechts als echte Kriminalstrafen der Geltung der StPO. unterlagen, wie es z. B. in Preußen bis zum PVG. von 1931 der Fall war. Das Gesetz hat der Notwendigkeit einer summarischen Behandlung der Übertretungen Rechnung getragen, indem es die Polizei ermächtigt, selbst eine Strafverfügung zu erlassen, anstatt die Angelegenheit an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten (§ 413).

In der Praxis erledigte die Polizei seit jeher einen erheblichen Teil der Übertretungen auf einem dritten Wege, indem sie nämlich mit oder ohne Verwarnung von einem Einschreiten absah[1]). So war es in vielen örtlichen Polizeivorschriften ausdrücklich angeordnet[2]). Es machte sich geltend, daß die Übertretungen ihrer eigentlichen Natur nach zum Ordnungsstrafrecht gehören und daher Opportunitätserwägungen unterliegen[3]).

Diese Übung geschah nach der überwiegenden Rechtsansicht contra legem[4]). Ohne Zweifel war das richtig für die Tätigkeit der Polizei als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft[5]). Umstritten war jedoch, ob auch für die Erteilung von Strafverfügungen das Opportunitätsprinzip galt.

Nach einer Meinung[6]) war die Polizei auch insoweit an das Legalitätsprinzip gebunden. Eine bewußte Unterlassung der Ver-

34) Vgl. Dörffler, JW. 31 S. 2892; Hölder, DRZ. 32 S. 112; Richtlinien RJM., a.a.O.

35) Bumke, § 23 Ziff. 5; Löwe-R. § 153 Ziff. 6.

1) Graf Dohna, S. 64; Thoma, Polizeibefehl, S. 87.

2) Lindenau: Pr. Verwaltungs-Bl. 25 S. 141; Friedel, S. 5.

3) Meeske, DStrR. 1936 S. 158.

4) Vgl. RGSt. 12, 161; 28, 384.

5) Schorn: Pol. Straf-Verfügung S. 48; v. Kries, S. 467. Vgl. Terfloth, S. 31.

6) Vgl. Graf Dohna, S. 64; so ausdr. Lindenau a.a.O.

folgung hätte also in jedem Falle eine Bestrafung mit Zuchthaus nach sich gezogen!

Von anderer Seite wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß § 6 Abs. 2 Ziff. 3 EGStPO. der Landesgesetzgebung die Regelung des Verfahrens bei Polizei- und Strafverfügungen überlassen habe und das Legalitätsprinzip nur auf Grund der Landesgesetzgebung gelten könne [7]).

Trotzdem ergibt das für Preußen vor 1931 keine Abweichung vom Legalitätsprinzip. Hier war nach § 1 des Ausf.G. vom 23. 4. 1883 der Polizeiverwalter zum Erlasse von Strafverfügungen nur befugt, aber nicht verpflichtet. Hierdurch wurde er jedoch nicht ermächtigt, überhaupt vom Einschreiten abzusehen [8]). Das ergibt sich klar aus der preußischen Ausf.VO. vom 8. 6. 1883 (JMBl. 45), die nach § 13 des Gesetzes Gesetzeskraft hat. § 2 daselbst erläutert die Befugnis des Polizeiverwalters dahin, daß er in jedem einzelnen Falle zu prüfen habe, ob er selbst eine Strafverfügung erlassen oder die Sache an den Amtsanwalt zur Verfolgung abgeben soll [9]).

Es ist also Drews [10]) Recht zu geben: Ein halbes Jahrhundert galt in Preußen auch für die Polizei das absolute Legalitätsprinzip, über das das Leben jedoch zur Tagesordnung wegschritt.

§ 153 Abs. 1 brachte für die Polizei also nur die gesetzliche Sanktion der Praxis. Daß diese Bestimmung auf die Polizei und auch auf die Erteilung von Strafverfügungen Anwendung findet, ist allgemein anerkannt [11]). Durch das PVG. von 1931 wurde das gesamte Polizeiunrecht aus dem Bereich der Kriminalstrafe ausgeschieden. Die weitaus größte Mehrzahl der Übertretungen wird also jetzt durch „Polizeistrafe" (Zwangsgeld) geahndet. Für die relativ wenigen, noch durch eigentliche polizeiliche Strafverfügungen zu verfolgenden Übertretungen des StGB. und seiner Nebengesetze führt § 59 PVG. ebenfalls das Opportunitätsprinzip ein. Damit hat Preußen von dem Vorbehalt des § 6 EGStPO. Gebrauch gemacht. § 59 Abs. 1 Satz 3 bestimmt, daß in leichteren Fällen von einer Strafverfügung abzusehen ist. Dies hat jedoch nur instruktionelle Bedeutung, nicht die eines Verfolgungshindernisses [12]).

---

7) Thoma, Polizeibefehl, S. 87; Schorn a.a.O. und DRZ. 29 S. 94; sowie JR. 31 S. 177; Löwe-R. § 152 Ziff. 5 c.

8) Delius LZ. 1929 S. 596; Friedel, S. 5. Vgl. Lindenau, a.a.O.; dagegen Pfeiffer, PrVerwBl. 25 S. 199.

9) Vgl. Lindenau, a.a.O.; Friedel, a.a.O.; a. A. Schorn a.a.O.

10) PrPolR. 1, S. 35.

11) Löwe-R., § 153 Ziff. 1; Schäfer-Hartung, § 153 Ziff. 3; Beling, S. 477; Gerland, S. 161; Grebe, GA. 72, 85; Lehmann, DRZ. 29 S. 334; Friederichs, GA. 71 S. 282; Schreiber, DRZ. 32, 137; und gemeinsame Verfügung PrJM. und JM. vom 29. 5. 1924 (JMBl. 258).

12) Vgl. Drews, a.a.O.; Franzen, L. B. z. PVG. 1932 S. 248 ff. u. Dörffler, JW. 1931 S. 2892; OLG. Kiel, JW. 32 S. 2825, dazu Klee.

§ 12. c) Das Opportunitätsprinzip bei Vergehen.

Bei Vergehen gilt nach § 153 Abs. 2 die Opportunität im gleichen Rahmen wie in Abs. 1, nämlich bei Geringfügigkeit. Jedoch deutet schon die Fassung an, daß hier entgegen Abs. 1 die Nichtverfolgung als Ausnahmefall gedacht ist. Für die Voraussetzung der geringen Schuld und der unbedeutenden Tatfolgen gilt das vorhin Ausgeführte entsprechend. An die Schuld wird naturgemäß ein strengerer Maßstab anzulegen sein.

Das Erfordernis der unbedeutenden Tatfolgen nimmt hier eine sichernde Begrenzung vor. Bei manchen Bestimmungen ist danach eine Einstellung von vornherein ausgeschlossen, z. B. bei Ehebruch und Abtreibung[1]). Die Wiedergutmachung gegenüber dem Verletzten durch Zurückerstattung oder Entschädigung wird häufig die Folgen als unbedeutend erscheinen lassen[2]). In der Praxis der Staatsanwaltschaft wird gelegentlich die Einstellung hiervon abhängig gemacht.

In § 152 Abs. 2 ist die Opportunität unbenannt („kann absehen"). Sie ist jedoch mit der des öffentlichen Interesses grundsätzlich gleichbedeutend[3]). Die bei § 376 und § 153 Abs. 1 gemachten Erläuterungen haben entsprechende Gültigkeit. Im Rahmen der Würdigung sind hier auch die berechtigten Belange des Verletzten zu berücksichtigen.

Im Rahmen des § 153 Abs. 2 gewinnen die Anweisungen des Justizministeriums zur eingreifenden Bekämpfung gewisser Delikte und die zur weitherzigen Anwendung der Opportunität eine kennzeichnende Bedeutung. So wurde z. B. in der Notzeit von 1931 durch eine AV. des PrJM. vom 10. 10. (JMBl. S. 328, Nr. 233) zwecks Ersparnis weitgehende Einstellung empfohlen. Durch eine AV. vom 2. 6. 1925 (JMBl. S. 207) wurde bei Zuwiderhandlungen gegen die Bäckereiverordnung, durch eine solche vom 20. 10 1925 bei Vergehen bezüglich der Einstellung ausländischer Arbeiter Zurückhaltung in der Anwendung des § 153 geboten. Ähnlich bei sozialrechtlichen Vergehen durch die AV. vom 31. 5. 1926 (JMBl. S. 215) und vom 8. 6. 1927. Nach der Preistreibereiverordnung vom 7. 11. 1934 (DJ. S. 1397) ist bei diesbezüglichen Delikten von einer Einstellung grundsätzlich abzusehen.

Im übrigen wird eine besondere Gemeinschädlichkeit die Anwendbarkeit des § 153 Abs. 2 stets ausschließen.

Zum Unterschied von Abs. 1 ist bei Vergehen die Staatsanwaltschaft nur befugt, mit Zustimmung des Amtsrichters „von der Erhebung der öffentlichen K l a g e" abzusehen. Sie ist also nach dem Gesetze nur von der Anklageerhebung befreit und kann nicht von der Verfolgung schlechthin Abstand nehmen[4]). Es soll da-

1) Zwickel, S. 21.
2) Zwickel, a.a.O.
3) Vgl. oben S. 4; Mannheim JW. 24 S. 1646.
4) Bumke, § 23 Ziff. 5; Löwe-R., § 153 Ziff. 6.

durch vermieden werden, daß Lässigkeit und unzulängliche Prüfung Einfluß gewinnen. Die Erforschung des Sachverhalts ist grundsätzlich bis zur Anklagereife durchzuführen [5]). — In der Praxis begnügt sich die Staatsanwaltschaft auch hier damit, die Geringfügigkeit festzustellen. Für die Polizeibehörde bringt § 153 Abs. 2 an sich keine Befreiung. Die Praxis gestattet aber auch hier, „zunächst erschöpfende polizeiliche Ermittlungen nicht vorzunehmen, vielmehr den Fall nur bis zur Prüfung der Voraussetzung des § 153 Abs. 2 aufzuklären" [6]). Da der Fall noch zur Prüfung des Amtsrichters kommt, werden hiergegen eigentliche Bedenken nicht bestehen [7]).

Die Zuständigkeit des Amtsrichters ist die gleiche wie die zur gerichtlichen Aburteilung. Die amtsrichterliche Zustimmung hat die Bedeutung einer Sicherung gegenüber der Staatsanwaltschaft. Man wollte aus politischen Gründen die Verantwortung nicht einer abhängigen politischen Behörde allein geben, sondern sie zwischen dieser und dem unabhängigen Richter aufteilen [8]). Der Amtsrichter ist deshalb nicht nur befugt, die Geringfügigkeit nachzuprüfen — dazu stände ja schon das Klageerzwingungsverfahren zur Verfügung —, sondern er hat auch über die Opportunität zu befinden [9]). So verfährt auch die Praxis.

Die Zustimmung des Amtsrichters ist keine prozessuale Entscheidung des Gerichtes (der Prozeß hat ja auch noch gar nicht begonnen), sondern eine Verfügung besonderer Art, die nur dem Staatsanwalt die Möglichkeit der Abstandnahme gibt. Sie hat deshalb keine das Verfahren beendende klageverbrauchende Wirkung [10]). Die Statsanwaltschaft ist an sie nicht gebunden und kann trotzdem Anklage erheben [11]). Dies kann z. B. bei einer entgegengesetzten Anweisung oder einer anderweitigen Würdigung praktisch werden.

Ob der Amtsrichter seine Zustimmung von irgendeiner Bedingung abhängig machen darf, wie es gelegentlich in der Praxis vorkommt, erscheint zweifelhaft. Da es sich nicht um eine prozessuale Entscheidung handelt, ist es nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Die Frage ist nach den für das Ermessen maßgeblichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Dem Täter eine Entschädigung des Verletzten aufzugeben, dürfte für zulässig erachtet werden. Falls jedoch die Übernahme der Kostenlast oder gar die Zahlung einer Geldbuße auferlegt wird, so bestehen immerhin gewisse Bedenken. Die Schuld des Täters ist an dieser Stelle des Verfahrens ja noch gar nicht erwiesen [12]).

---

5) Bernsdorf, S. 29; vgl. auch Grebe, GA. 72 S. 81 ff.
6) Gem. Verf. d. PrJM. und JM. vom 29. 5. 1924 (JMBl. 258).
7) Schäfer-Hartung, a.a.O.
8) Mannheim, JW. 24 S. 1649.
9) a. M. Schäfer-Hartung, § 153 Ziff. 8; Klann, JR. 30, 140; wie hier Bernsdorf, S. 30; Ostler, S. 89.
10) Vgl. RGSt. 67, 316.
11) Kiesow § 153 Z. 7; Nagler GS. 90 S. 426.
12) Friedersdorff, JW. 29 S. 2694; Plumeyer, DRZ. 29 S. 375.

Für die Stellung einer Bedingung durch die Staatsanwaltschaft gelten diese Gesichtspunkte entsprechend.
Ein Widerruf der amtsrichterlichen Zustimmung ist für zulässig zu erachten, da sie auf derselben vorprozessualen Stufe wie die staatsanwaltschaftliche Einstellung steht. Praktische Bedeutung hat die Frage nicht, weil nur die Staatsanwaltschaft anderweitige Anhaltspunkte herantragen kann.

Eine Mitwirkung des Verletzten ist nicht vorgesehen. Jedoch wird ihm in der Regel Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und seine Meinung berücksichtigt werden müssen[13]). Mancherorts ist das durch interne Anweisung verbindlich gemacht, z. B. im Bezirke des Kammergerichts[14]).

Die Möglichkeit einer Beschwerde nach § 304 ist dem Verletzten nicht gegeben[15]). Wohl aber hat die Staatsanwaltschaft gegen die Ablehnung der Zustimmung des Recht der Beschwerde, weil diese Entscheidung der Anfechtung nicht ausdrücklich entzogen ist[16]) (§ 304). Verzichtet die Staatsanwaltschaft auf die Beschwerde oder bleibt letztere erfolglos, so hat sie unverzüglich Anklage zu erheben[17]).

Ebenso wird dem Beschuldigten das Beschwerderecht gegen die Ablehnung, aber nicht gegen die Zustimmung[18]) zu gewähren sein. Unter Umständen kann das für ihn hart sein, weil ihm so die Möglichkeit, den Unschuldsbeweis zu erbringen, abgeschnitten wird.

Zweifelhaft und umstritten ist die Anwendbarkeit des Klageerzwingungsverfahrens auf § 153 Ziff. 2. An sich wären hier die Voraussetzungen der Geringfügigkeit genau so wie bei Abs. 1 nachprüfbar.

Die bis jetzt überwiegende Meinung lehnt jedoch im Anschluß an Bumke[19]) die Zulässigkeit des Verfahrens nach § 172 ab, da eine richterliche Prüfung bereits durch den Amtsrichter stattgefunden habe und eine nochmalige Prüfung nicht im Sinne des Gesetzes liegen könne[20]). Man kommt so zu dem Ergebnis, daß bei Vergehen der Amtsrichter, bei Übertretungen aber das OLG. die Kontrolle hat.

Neuerdings mehren sich die Stimmen[21]), die die Nachprüfung

13) Schäfer-Hartung § 153 Ziff. 8; Bernsdorf, S. 30; Klann JR. 30 S. 140.
14) Steinbeck, DJZ. 1924 S. 506.
15) Schäfer-Hartung § 153 Ziff. 8.
16) Schäfer-Hartung, a.a.O., Bumke § 23 Ziff. 16; Kiesow, § 153 Nr. 4; Löwe-R. § 153 Ziff. 6.
17) Schäfer-Hartung, a.a.O., Bumke § 23 Nr. 17.
18) Schäfer-Hartung, a.a.O.; Bernsdorf, S. 30; Zwickel S. 63; Feisenberger § 153 Ziff. 7.
19) § 23 Nr. 11.
20) Schäfer-Hartung § 172 Ziff. 1; Hartung, Recht 1924, S. 200; Kiesow § 153 Nr. 3 b; Klann JR. 30, 140; Schlosky, GA. 71, 287; Bernsdorf S. 32; Zwickel S. 63, OLG. Frankfurt GA. 70, 213; OLG. Karlsruhe Recht 25 S. 335; Dietz, S. 22.
21) Nagler, GS. 90 S. 424; Feisenberger § 172 Nr. 5; Ostler, S. 89 ff.; Löwe-R. 19. Aufl. § 172 Ziff. 4 und § 153 Ziff. 6 a; OLG. Hamburg JW. 32 S. 2744.

zulassen wollen. So will Beling[22]) die Nachprüfung zulassen, wenn statt des Vergehens ein Verbrechen vorliegt, bezw. Idealkonkurrenz mit einem solchen besteht. Es kann allerdings kaum im Sinne des Gesetzes liegen, über den Vergehenscharakter den Amtsrichter endgültig entscheiden zu lassen. Dieser Gesichtspunkt gilt in etwa auch für die Geringfügigkeit. Beachtet man nun noch, daß die amtsrichterliche Zustimmung Voraussetzung der Opportunität und deren Korrektiv ist, dann muß man mangels entgegenstehender Bestimmung § 172 für anwendbar halten. Es ist durchaus nicht etwas einzig Dastehendes, daß eine wiederholte Überprüfung stattfindet.

§ 13. d) § 153 Abs. 3 StPO. Einstellung durch das Gericht als Fernwirkung des Opportunitätsprinzips.

I. Wenn auch die gerichtliche Einstellung des Verfahrens nach § 153 Abs. 3 nicht mehr in den Bereich der staatsanwaltschaftlichen Opportunität fällt[1]), so bestehen doch derart enge Zusammenhänge hiermit, daß ihre Darstellung an dieser Stelle unumgänglich ist. § 153 Abs. 3 stellt eine Erweiterung der Absätze 1 und 2 auf die Sachherrschaft des Gerichtes im eigentlichen Prozesse dar. Auch nach der Klageerhebung tritt häufig das Bedürfnis nach Nichtverfolgung von Geringfügigkeiten auf, sei es, weil sich die Straftat erst jetzt als eine solche darstellt, sei es, weil das Gericht die Sache anders beurteilt. Die Sache wird hier nicht bis zur endgültigen Klärung durchgeführt, sondern nach einer mehr summarischen Prüfung als Minimum von dem weiteren Prozeßgange ausgeschieden. Dies besagt die Bezeichnung „einstellen".

Die Voraussetzungen sind in § 153 Abs. 3 die gleichen wie die im Abs. 1 und 2 genannten. § 2 Abs. 2 NotVO. bringt gegenüber § 153 Abs. 3 keine Änderung, weshalb in folgendem nur von letzterer Bestimmung gesprochen wird.

Das befaßte Gericht muß genau so wie die Staatsanwaltschaft prüfen, ob eine Übertretung oder ein Vergehen vorliegt und Geringfügigkeit besteht. Daneben ist es aber auch zur Prüfung der Zweckmäßigkeit berufen[2]). Innerhalb der Geringfügigkeit entscheidet das Gericht über die Einstellung nach freiem Ermessen. In praxi wird dieses Ermessen allerdings dem richterlichen Absehen nahekommen.

Deshalb ist als weitere prozessuale Voraussetzung die Zustimmung der Staatsanwaltschaft erforderlich; deren Schwerpunkt liegt dabei in der Ergänzung des richterlichen Ermessens. Zuständig ist die gerade mit der Sache befaßte Staatsanwaltschaft. Die internen Anordnungen und Richtlinien, die für die Staatsanwaltschaft bei der Opportunität maßgebend sind, gelten hier entsprechend[3]).

22) L. B. S. 489, Anm. 2, S. 490.
1) Vgl. oben S. 49 und 4.
2) a. M. Schäfer-Hartung, § 153 Ziff. 9 aa.
3) Richtlinien RJM. 147 Abs. 4.

Es besteht also hier zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft das umgekehrte Verhältnis wie bei Vergehen vor Klageerhebung. Wenn die Zustimmung einmal erteilt ist, darf sie nicht widerrufen werden, auch wenn das Gericht noch keinen Beschluß gefaßt hat [4]).

II. Die gerichtliche Entscheidung über die Einstellung erfolgt in Form eines Beschlusses, gleichgültig in welchem Prozeßstadium. Nach dem Sinne des Gesetzes soll eben das Verfahren nicht bis zum ideellen Endpunkte durchgeführt werden. Aus dem Zwecke der Bestimmung folgt auch, daß die Einstellung vor, wie innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung erfolgen kann [5]). Abzulehnen ist die Ansicht von Peters [6]), daß eine einmal begonnene Hauptverhandlung wegen § 260 nicht mehr eingestellt werden könne. Gerade in der Hauptverhandlung werden sich häufig die die Geringfügigkeit begründenden Tatsachen erst in voller Beleuchtung zeigen. Auch wird der Richter in vielen Fällen einen persönlichen Eindruck von dem Angeklagten gewinnen wollen.

Die Einstellung des Verfahrens ist außer in erster Instanz auch in jedem weiteren Stadium des gerichtlichen Verfahren, in dem eine tatsächliche Würdigung erfolgt, für zulässig zu halten. Die — inkorrekte — Einreihung in das zweite Buch der StPO. „Verfahren in erster Instanz" schließt das nicht aus [7]).

Ohne Zweifel ist danach eine Einstellung durch das Berufungsgericht möglich. Diese Befugnis beginnt mit der Einlegung der Berufung und erlischt mit dem Urteil, ist also auch vor und außerhalb der Berufungsverhandlung möglich [8]). In letzterem Falle ist dann die Strafkammer in der für beratende Sitzungen vorgeschriebenen Besetzung (§ 76 Abs. 1 GVG.) [9]) zuständig.

Streitig ist, ob auch in der Revisionsinstanz eine Einstellung nach § 153 Abs. 3 erfolgen kann. Die überwiegende Meinung [10]) und die Rechtsprechung [11]) verneint das für das Verfahren vor dem Revisionsgericht selbst. Die Anwendung des § 153 III setzt eine weitgehende Erforschung und Würdigung tatsächlicher Umstände, eine Wertung der Persönlichkeit des Täters und eine Abwägung dieser Momente voraus, alles Aufgaben, die dem Revisionsgericht

---

4) Vgl. Bernsdorff, S. 34; Zwickel, S. 31; Jonas, JW. 24 S. 1626.
5) Löwe-R. § 153, Ziff. 7; Peter JW. 24 S. 793; Feisenberger § 153, Ziff. 9.
6) JW. 25 S. 927.
7) Peter, JW. 24 S. 793.
8) Löwe-R. § 153 Ziff. 7; Schäfer-Hartung § 153 Ziff. 9; Loening, JR. 25 S. 340; Nagler, GS. 90, 426; Bumke § 23 Ziff. 19; Beling, L. B. S. 424; Feisenberger § 153 Z. 8; Kiesow § 153 Ziff. 8; Kohlrausch § 153 Ziff. 10.
9) Bernsdorf, S. 37; Zwickel, S. 47.
10) Schäfer-Hartung, a.a.O.; Feisenberger, § 153 Ziff. 8; Kiesow, § 153 Ziff. 8; Kohlrausch § 153 Ziff. 10; Bumke, S. 75 Ziff. 19; Nagler, a.a.O.; Dörffler JW. 31, 2892; Wunderer LZ. 24, 784; Fortlage, DJZ. 25, 1033; Beling, L. B. S. 365.
11) RGSt. 59, 54; 66, 326; KG. in GA. 71, S. 260, JW. 31 S. 3677; OLG. Düsseldorf in JW. 1932 S. 813 Nr. 23.

fremd sind[12]). Die Zweckmäßigkeitserwägung über die Einstellung ist aber eine typische Aufgabe des Tatrichters[13]). Diesen Gründen ist zuzustimmen.

Diese Hinderungsgründe fallen weg, wenn die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen worden ist[14]). Sie unterliegt jetzt wieder einer tatsächlichen Würdigung, und das Gericht kann sie auch mittels Einstellung nach § 153 Abs. 3 erledigen. Für den gleichliegenden Fall des § 154 Abs. 2 ist das vom RG. ausdrücklich anerkannt[15]).

Auch im Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 359 ff. ist Einstellung möglich, da nach Aufhebung des rechtskräftigen Urteils eine neue tatsächliche Erörterung der Sache stattfindet[16]). Abzulehnen ist allerdings, daß hier ausnahmsweise die Einstellung in einem Urteil ausgesprochen werden müsse[17]).

Der Einstellungsbeschluß ist nach § 153 Abs. 2 unanfechtbar, er erwächst sofort in formelle Rechtskraft. Voraussetzung der Unanfechtbarkeit ist aber die formelle Zulässigkeit des Beschlusses. Wenn er also durch ein unzuständiges oder unzulässig besetztes Gericht oder ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft erging, hat letztere dem Wortlaut entgegen die Möglichkeit der Beschwerde[18])[19]).

§14. 4) Opportunität bei zivil- und verwaltungsrechtlichen Vorfragen, § 3 Kap. I 6. Teil NotVO. vom 6. 10. 1931.

Die Ausnutzung des staatsanwaltschaftlichen Apparates durch Private, um mühe- und kostenlos Unterlagen für ein Zivil- oder Verwaltungsverfahren zu erlangen oder auch einen Druck auf den Gegner auszuüben, war stets als einer der größten Nachteile des unbeschränkten Legalitätsprinzips empfunden worden. So konnten kostspielige Sachverständigengutachten oder wissenschaftlich-technische Ermittlungen dem Staate zur Last fallen[1]). Die Allgemein-

---

12) Vgl. RGSt. 59, 54.

13) vergl. Löwe-R. § 337 Ziff. 2 a.

14) Feisenberger § 153 Nr. 8; Bernsdorf, S. 37.

15) RGSt. 66, 326.

16) Fortlage, DJZ. 25 S. 1033; Döring, JR. 27 S. 101; Beling, S. 436, Anm. 1.

17) So Fortlage, a.a.O.

18) Schäfer-Hartung § 153 Ziff. 10, Feisenberger § 153 Ziff. 10; Bernsdorf, S. 43; Zwickel, S. 52.

19) Die Frage, ob die Rechtskraft des Beschlusses entsprechend § 211 durch Nova auflösend bedingt ist, ist umstritten; sie kann hier nicht näher untersucht werden. Gegen Anwendbarkeit des § 211 die Mehrheit: Bumke, S. 76, Nr. 20; Gerland, S. 162; Feisenberger § 153 Ziff. 11; Schäfer-Hartung § 153 Ziff. 9; Kiesow, § 153 Nr. 12; Kohlrausch § 153 Nr. 11; Hartung, Recht 24, 200; Hagemann JR. 29, 116 ff.; Loening JR. 25 S. 343; Schlosky, GA. 71, 286; Schäfer JR. 31 S. 176; Holthöfer JR. 25 S. 343; Löwe-R. § 153 Z. 7 a. — Dagegen aber mit m. E. zutreffender Begründung: Nagler, GS. 90 S. 426 und Beling, L. B. S. 366 und insbesondere JW. 31 S. 2118 zu RGSt. 65, 291.

1) Vgl. oben, S. 14.

heit erscheint in Fällen dieser Art — es handelt sich vor allem um solche des gewerblichen Unrechts — an einer Verfolgung weniger interessiert. § 2 unternimmt es daher, die Last der Aufklärung dem Anzeigenden aufzuerlegen. Die Bestimmung schränkt das Legalitätsprinzip weitgehend ein. Zunächst wird der Staatsanwaltschaft unter gewissen Voraussetzungen die Befugnis der Aussetzung gegeben: Es muß sich um ein Vergehen handeln, bei dem zur Entscheidung über die Klageerhebung die Beurteilung einer bürgerlichrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Vorfrage erforderlich ist. Natürlich muß das betreffende Rechtsverhältnis irgendwie zweifelhaft sein. Von diesem Vergehen muß die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige Kenntnis erhalten haben.

Sie kann dann dem Anzeigenden, nicht aber einem sonstigen Beteiligten [2]) oder Berechtigten, die Klärung dieser Frage im entsprechenden Verfahren aufgeben und hierzu eine Frist setzen. Ebenso kann sie, falls das zivil- oder verwaltungsrechtliche Verfahren schon anhängig ist, dem Anzeigenden aufgeben, sich um die Austragung des Streites zu bemühen [3]). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so wird sie einstweilen von der Verfolgungspflicht befreit. Die Pflicht zur eigentlichen Anklage wird aber hierdurch zunächst noch nicht berührt [4]).

Ist die Frist ergebnislos abgelaufen, d. h. hat der Anzeigende entweder nichts unternommen oder hat er das Verfahren nicht durchgeführt, so k a n n die Staatsanwaltschaft das Verfahren endgültig einstellen. Jetzt gilt also volle Opportunität. Ist das Verfahren durchgeführt, so entscheidet die Staatsanwalschaft gemäß § 170 über die Klageerhebung.

Sowohl über die Aussetzung wie über die endgültige Einstellung befindet die Staatsanwaltschaft nach freiem Ermessen. Die Zweckausrichtung ist hier rein prozeßökonomisch [5]). Trotz Vorliegens der Voraussetzungen kann das öffentliche Interesse gelegentlich die Verfolgung fordern.

Die Ermessensentscheidung ist naturgemäß nur im Aufsichtswege anfechtbar [6]). Ob aber die Voraussetzungen des § 3 vorliegen, kann, in Konsequenz der oben vertretenen Anschauung, zur Nachprüfung im Klageerzwingungsverfahren gebracht werden [7]).

§ 15. 5) § 154 StPO.

I. Im § 154 kommt der Grundsatz des mangelnden öffentlichen Interesses in einer anderen Richtung zum Ausdruck. Auch wenn eine Straftat an sich nicht geringfügig ist, kann doch ihre Ver-

2) Dörffler, JW. 1931 S. 2892.
3) Dörffler, a.a.O.
4) Dörffler, a.a.O.; Oellrich, GA. 76 S. 208.
5) Oellrich, a.a.O.
6) Dörffler, a.a.O.
7) Dietz, S. 24.

folgung überflüssig oder gar widersinnig sein, wenn ihre voraussichtlichen Straffolgen neben den wegen einer anderen Straftat des Täters schon erkannten oder noch zu erwartenden Straffolgen unerheblich erscheinen. Diesen rein prozeßökonomischen Gedanken bringt § 154, im Gegensatz zum älteren § 208, auch schon für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft zur Geltung.

a) Die Straftat, für die Opportunität gilt, wird also nicht isoliert betrachtet. Voraussetzung der Opportunität ist einmal, daß wegen der anderen Straftat eine Strafe oder Maßregel der Sicherung oder Besserung bereits rechtskräftig verhängt worden ist. Diese Rechtsfolge kann nur ausgesprochen, sie kann auch schon in der Vollstreckung begriffen oder sogar schon vollstreckt sein . Nach der zweiten Alternative muß die Verhängung der Tatfolge jedenfalls zu erwarten sein, weil das staatsanwaltschaftliche oder gerichtliche Verfahren schon im Gange ist.

Diese verhängte oder zu erwartende Straffolge muß jeweils derart hoch sein, daß die für die zweite Straftat zu berechnende ihr gegenüber „nichts ins Gewicht fällt". Diese Verhältnismäßigkeit läßt sich nur im einzelnen Vergleich ermitteln und höchstens beispielsweise andeuten. Ohne Zweifel liegt sie vor, wenn Todesstrafe oder lebenslanges Zuchthaus verwirkt ist, ebenso wenn im Falle der Realkonkurrenz wegen der anderen Tat oder Taten das Strafmaß der Gesamtstrafe schon erreicht wird (§ 74, Abs. 3 StGB.). Wenn noch eine Erhöhung möglich erscheint, kommt es darauf an, ob diese noch praktische Bedeutung hat, vor allem, ob der Strafzweck noch gefördert werden kann. Die Schwere der zweiten Tat allein ist also nicht maßgeblich. So ist die Anwendung des § 154 im Unterschiede von § 153 selbst bei Verbrechen geboten, wenn z. B. eine langjährige Zuchthausstrafe nur um einen geringen Bruchteil zu erhöhen wäre [1]). Für die Beurteilung der Zwecklosigkeit spielen auch persönliche Verhältnisse wie Alter, Gesundheitszustand u. a. eine Rolle [2]). Diese Gesichtspunkte gelten im besonderen Maße bei Sicherungsmaßregeln und natürlich auch im Verhältnis von Strafe und Maßregeln zueinander.

Wenn die Strafe für das andere Delikt bereits verbüßt ist, wird eine Anwendung des § 154 in der Regel nicht stattfinden [3]). Sie wird höchstens dann in Frage kommen, wenn z. B. nach längerer Freiheitsstrafe die nun zu erwartende Strafe derart gering sein würde, daß jeglicher Eindruck auf den Täter verfehlt wäre. Die von Bernsdorf [4]) beanstandete Praktik, § 154 anzuwenden, wenn bei realkonkurrierenden Delikten eins infolge Nichtentdeckung nicht in die Gesamtstrafe einbezogen wurde, dürfte bei Vorliegen dieser Vor-

---

1) Bumke, § 24 Ziff. 5; Schäfer-Hartung § 154 Ziff. 3; Feisenberger § 154 Ziff. 2; Kiesow § 154 Ziff. 3; Kohlrausch § 154 Ziff. 1; Bernsdorf, S. 52.
2) Bernsdorf, S. 52, Bumke a.a.O.
3) Bernsdorf, S. 53.
4) a.a.O.

aussetzungen unbedenklich sein. Ist die andere Strafe weggefallen, so entfällt natürlich § 154.

b) Unter den angezeigten Voraussetzungen ist die Staatsanwaltschaft befugt, nach ihrem Ermessen von der Klageerhebung abzusehen. Hierbei ist der zu erwartende Aufwand an Kosten und Arbeit zu würdigen und insbesondere, ob durch Ausschaltung minder schwerer Fälle eine Abkürzung und Vereinfachung des Verfahrens eintritt[5]). Da diese prozeßökonomische Zweckmäßigkeit fast stets vorliegt, wird die Nichtverfolgung sehr häufig sein. Natürlich können auch hier andere staatliche Interessen die Klage veranlassen[6]). Die Staatsanwaltschaft befindet über die Zweckmäßigkeit ohne gerichtliche Zustimmung; hier, wo gegen den Rechtsbrecher eine andere schwere Strafe verwirkt ist, stand für den Gesetzgeber von 1924 ein politischer Mißbrauch der Opportunität nicht zu befürchten.

Die Opportunität erstreckt sich nach dem Wortlaute des § 154 nicht auf die vorhergehenden Ermittlungen[7]). Um eine Beurteilung der Tat hinsichtlich des voraussichtlichen Strafmaßes vornehmen zu können, bedarf es eben einer weitgehenden Aufklärung. Außerdem ist die Einstellung ja bei der zweiten Eventualvoraussetzung nur als vorläufige gedacht. Wenn die andere Strafe schon rechtskräftig feststeht, können sich die Ermittlungen erübrigen.

Die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft hat nur interne Wirkung; diese ist nicht gehindert, jederzeit doch Klage zu erheben. Die in Abs. 3—5 geregelte Wiederaufnahme gilt nur für die gerichtliche Einstellung[8]). — Gegen eine Einstellung innerhalb der beschriebenen Voraussetzungen hat der Verletzte oder sonst Betroffene nur die Aufsichtsbeschwerde.

Ob im übrigen bei § 154 das Klageerzwingungsverfahren Anwendung findet, ist umstritten. Nach der überwiegenden Meinung[9]) ist die Frage, ob eine Straf- oder Maßregel neben einer anderen „nicht ins Gewicht fällt", von der Staatsanwaltschaft nach freiem Ermessen zu beurteilen; dieser Gesichtspunkt stellt demnach die Zweckausrichtung dar[10]). Wie dargelegt, ist letzteres nur zum Teil richtig. Die Ermessensentscheidung ergeht erst auf Grund dieser Voraussetzungen. Die Prüfung, ob eine Strafe „ins Gewicht fällt", ist vielmehr eine solche des gebundenen Ermessens[11]). Sie unter-

---

5) Richtlinien RJM. 149, 1.
6) a. M. Schäfer-Hartung § 154 Ziff. 3.
7) Löwe-R. § 154 Ziff. 3; Bumke, § 24 Ziff. 3; wohl auch Bernsdorf, S. 54. Nach Richtlinien RJM. 149 sollen „die übrigen Handlungen bereits eine zutreffende Beurteilung gestatten." — Die Praxis wird die Ermittlungen auch hier meist vereinfachen.
8) Schäfer-Hartung §§ 154 Ziff. 4; Bumke § 24 Ziff. 5; Bernsdorf, S. 54.
9) Bumke § 24 Nr. 4 und 5; Kiesow § 154 Nr. 5; Kohlrausch § 154 Nr. 1; Schäfer-Hartung § 154 Ziff. 4; Bernsdorf S. 55.
10) Schäfer-Hartung, a.a.O.
11) So Ostler. S. 94.

scheidet sich nicht wesentlich von der bei der Strafzumessung vorzunehmenden und ist gerichtlicher Beurteilung zugänglich. Ob diese Voraussetzung der Opportunität vorliegt, muß also der Nachprüfung im Klageerzwingungsverfahren unterliegen. Anderenfalls könnte — theoretisch — die Staatsanwaltschaft bei jedem Zusammentreffen von Straftaten von einer Klage absehen [12]).

II. a) Für die Zeit nach der Klageerhebung gibt § 154 Abs. 2 entsprechend § 153 Abs. 3 die Möglichkeit einer Einstellung durch das Gericht, die hier eine besondere Regelung erfahren hat. An sich gehören die diesbezüglichen Bestimmungen natürlich ebensowenig wie § 153 Abs. 3 zur Opportunität [13]).

Die vorläufige Einstellung erfolgt durch Beschluß des gerade befaßten Gerichtes; Voraussetzung ist ein diesbezüglicher Antrag der Staatsanwaltschaft. Das Gericht hat nicht nur über die Voraussetzung der Bedeutungslosigkeit zu entscheiden, sondern auch über die Zweckmäßigkeit [14]). Das folgt aus der unterschiedlichen Fassung gegenüber § 154 a Abs. 4, wo eine Mitwirkung des Gerichtes insoweit ausgeschlossen ist [15]). Die Einstellung kann in wie außerhalb der Hauptverhandlung erfolgen. Sie ist in gleicher Weise wie die Einstellung nach § 153 Abs. 2 noch in der Berufungsinstanz, aber nicht in der eigentlichen Revisionsinstanz möglich [16]).

Stellt das Gericht ohne den Antrag ein, so hat die Staatsanwaltschaft das Recht zur Beschwerde nach § 304 [17]). Ebenso hat sie gegen die Ablehnung ihres Antrages die Beschwerde [18]). Man muß in diesem Falle auch dem Angeschuldigten die Beschwerde gewähren, da sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist [19]).

b) Da die Voraussetzungen der gerichtlichen Einstellung nach § 154 Abs. 2 in Umständen liegen, die später wegfallen können

---

12) Nach den „Richtlinien" des RJM. 149 kann § 154 auch bei einer einheitlichen Handlung, die sich aus einer Mehrzahl von Einzelhandlungen zusammensetzt, angewandt werden, um minderschwere Einzelhandlungen auszuschalten, also besonders bei fortgesetzten Delikten. So wünschenswert dies zur Abkürzung von Monstreprozessen sein mag, steht es doch, jedenfalls bei der heutigen Auffassung des fortgesetzten Deliktes (subjektiv-objektive Theorie), in Widerspruch zu dem Wortlaute des Gesetzes, der nur auf mehrere selbständige Taten zutrifft. — Die Praxis verfährt allerdings schon vielfach entsprechend. In Wirklichkeit bedarf es noch einer gesetzlichen Ermächtigung. Vgl. Feisenberger DJZ. 28 S. 1232 und Schwarz, NSHb. 1935 S. 1479.

13) Vgl. oben S. 48/49.

14) So wohl Bumke § 24 Ziff. 7; Nagler, GS. 90 S. 427; Kiesow, § 154 Ziff. 5; a. M. Schäfer-Hartung § 154 Ziff. 5.

15) OLG. Karlsruhe JW. 1933 S. 1671 Nr. 16.

16) Löwe-R. § 154 Ziff. 5; Kohlrausch § 154 Ziff. 4; a. M. Kiesow §154 Ziff. 6; vergl. RG. 66, 326.

17) Bumke, § 24 Ziff. 7; Feisenberger § 154 Ziff. 6; Löwe-R. § 154 Ziff. 5.

18) Schäfer-Hartung § 154 Ziff. 5; Kohlrausch § 154 Ziff. 5; Kiesow § 154 Ziff. 6; Nagler GS. 90 S. 427; Bernsdorf, S. 57.

19) Vgl. Löwe-R. § 304 Ziff. 1 a; Schäfer-Hartung § 154 Ziff. 5; Bernsdorf S. 57.

oder von vorneherein nur wahrscheinlich erschienen, kann sie keinen endgültigen Charakter haben. Das Gesetz hat die Möglichkeit einer Wiederaufnahme für den Fall des Wegfalles der Voraussetzungen vorbehalten. Die Wiederaufnahme ist verschieden geregelt, je nachdem der Einstellungsbeschluß im Hinblick auf eine schon rechtskräftig verhängte oder eine noch zu erwartende Straffolge erging.

Im ersten Falle ist Voraussetzung, daß die rechtskräftige Strafe oder Maßregel nachträglich (durch Amnestie, Freisprechung in der Wiederaufnahme o. a.) wieder in Wegfall gekommen ist (§ 154 Abs. 3).

Erfolgte die Einstellung mit Rücksicht auf eine erst zu erwartende Rechtsfolge, so ist binnen drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils Wiederaufnahme statthaft. Die Staatsanwaltschaft wird natürlich nur dann von der Möglichkeit Gebrauch machen, wenn die erkannte Strafe von der erwarteten wesentlich abweicht[20]). Wie aus dem Sinne der Vorschrift — Schaffung einer Rechtsgewißheit — folgt, ist hierbei nur der Endtermin der Frist entscheidend[21]).

Wenn es auch im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, so wird doch allgemein anerkannt, daß die Wiederaufnahme von einem diesbezüglichen Antrag der Staatsanwaltschaft abhängig ist[22]). Nach dem System der deutschen StPO. ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, von Amts wegen den Anstoß zu einem Strafverfahren zu geben. So war auch in § 153 E 1908, in § 154 E 1909 und dann in § 178 E 1919 ein Antrag vorgesehen, und dafür, daß in § 154 StPO. eine Abweichung geplant war, fehlt jeder Anlaß. Über die Stellung des Antrages entscheidet die Staatsanwaltschaft nach Zweckmäßigkeitsgründen.

Das Gericht ist nur befugt, nachzuprüfen, ob die formalen Bedingungen der Wiederaufnahme vorliegen, nicht aber, ob sie zweckmäßig oder gerechtfertigt erscheint[23]). Daß das Ermessen des Gerichtes auch hierauf zu erstrecken ist, wird durch den Wortlaut nicht gefordert und widerspräche dem Geiste der StPO.

§ 16. 6) § 154 a StPO.

Von den zahlreichen Vorschriften des EG. zum ADStGB. von 1929, die die Verfolgung regeln sollten, ist allein § 154 a durch § 50 des deutschen Auslieferungsgesetzes vom 23. 12. 1929 zur Rechtsgeltung gelangt. Die Bestimmung beruht in ähnlicher Weise wie § 154 auf dem Gedanken, überflüssige Strafverfahren zu vermeiden.

20) Bernsdorf, S. 60.

21) Feisenberger § 154 Ziff. 9; Kiesow, § 154 Ziff. 8; Löwe-R. § 174 Ziff. 7; Bumke § 24, Nr. 10.

22) Bumke § 24 Ziff. 11; Kiesow § 154 Ziff. 8; Kohlrausch § 154 Ziff. 7; Schäfer-Hartung § 154, Ziff. 6; Löwe-R. § 154 Ziff. 6; a. M. Feisenberger § 154 Ziff. 10.

23) Löwe-R. § 154 Ziff. 8; Bumke § 24 Ziff. 11; Kiesow § 154 Ziff. 8; Kohlrausch § 154 Ziff. 7; Schäfer-Hartung § 154 Ziff. 6; Nagler, GS. 90 S. 427; a. M. Feisenberger, a.a.O.

Vor Geltung des Auslieferungsgesetzes wurde ein Ausländer erst dann ausgeliefert, wenn ein wegen der Tat im Inlande bestehender Strafanspruch erfüllt war[1]). Diese Auswirkung der strengen Legalität bildete oft eine unnötige Belastung der inländischen Rechtspflege und führte außerdem eine Verzögerung der ausländischen Strafverfolgung herbei[2]). Das Opportunitätsprinzip war das gegebene Mittel, um dem abzuhelfen.

Voraussetzung der Befreiung vom Verfolgungszwange ist, daß die Auslieferung des Täters wegen der fraglichen Tat tatsächlich durchgeführt ist. Vorher ist nur ein einstweiliges Einhalten der Verfolgungsmaßnahmen möglich[3]). Die Zulässigkeit und Vornahme der Auslieferung richtet sich ihrerseits nach den Bestimmungen des deutschen Auslieferungsgesetzes (besonders §§ 2, 3, 4, 7, 25 DAG.). Wenn für die Tat inländische Gerichtsbarkeit begründet und gegen den Täter ein Urteil ergangen oder die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist, ist die Auslieferung nicht mehr zulässig (§ 4 Ziff. 3 DAG.).

Der Auslieferung gleichzustellen ist die Durchlieferung[4]) durch deutsches Gebiet, für deren Vornahme die Regeln der Auslieferung entsprechend gelten.

§ 154 a Abs. 2 bringt den Gedanken des § 154 auch hier zur Geltung. Auch wenn die Auslieferung wegen einer anderen Tat erfolgt, so kann doch die vorherige Verfolgung und Bestrafung einer verhältnismäßig unbedeutenden inländischen Tat überflüssig und untunlich sein, z. B. wenn ein internationaler Dieb oder Hochstapler wegen vielfacher im Auslande begangener Delikte ausgeliefert werden soll und zugleich im Inlande einmal straffällig geworden ist[5]). Die Prüfung, ob hier die ausändische Strafe oder Maßregel neben der inländischen ins Gewicht fiele, ist nur mit gewissen Schwierigkeiten durchführbar. Es bedarf dazu einer eingehenden Kenntnis der ausländischen Rechtspraxis. Deshalb wird für diesen Fall von der Einstellung seltener Gebrauch zu machen sein[6]).

Abs. 3 stellt in beiden Fällen die Verweisung der Auslieferung gleich. Hier überwiegt das staatliche Interesse an sofortiger Durchführung das an der Bestrafung vielfach sehr.

Die Opportunität erstreckt sich nach dem Gesetz nur auf die Klageerhebung. Die Feststellung der Zweckmäßigkeit erfordert eine eingehende Vorprüfung. Die Ausrichtung des Ermessens erfolgt sowohl nach innerstaatlichen prozeßökonomischen Gründen wie nach solchen internationaler Courtoisie. Die Einstellung hat nur

1) Löwe-R. § 154 a Ziff. 1.

2) Amtlicher Entwurf eines EG. zum ADStGB. 1929, Begründung, S. 59/60.

3) RGSt. 69, 54 ist insoweit nur im Hinblick auf den konkreten Fall zu verstehen. Anderenfalls würde ja der eigentliche Zweck der Bestimmung verfehlt werden.

4) Löwe-R. § 154 a Ziff. 2.

5) Amtliche Begründung, a.a.O.

6) Amtliche Begründung, a.a.O.

interne Wirkung und hindert eine Neuerhebung nicht[7]). Die Entscheidung steht in allen Fällen allein der Staatsanwaltschaft zu. Hier gewinnen die Anweisungen des Ministeriums besondere Bedeutung.

Zur Nachprüfung der Voraussetzungen der Opportunität nach den Absätzen 1, 2 und 3 ist, in Konsequenz des bisher vertretenen Standpunktes, das Klageerzwingungsverfahren für zulässig zu erachten. Praktische Bedeutung wird dies allerdings nicht haben[8]).

Zum Unterschiede von § 154 Abs. 2 ist hier eine Mitwirkung des Gerichtes bei der gerichtlichen Einstellung des Verfahrens nach Abs. 3 in bezug auf das Ermessen ausgeschlossen; das Gericht hat vielmehr dem Antrage ohne weiteres zu entsprechen, wenn es dessen Voraussetzungen bejaht[9]). Die hier maßgeblichen zwischenstaatlichen Gesichtspunkte entziehen sich eben der Beurteilung durch das Gericht.

Wie bei § 154 so ist auch hier eine Wiederaufnahme durch Beschluß nur möglich, wenn das Gericht das Verfahren vorläufig eingestellt hat[10]).

Da die dreimonatige Frist des § 154 Abs. 4 für die Wiederaufnahme hier unzureichend erschien, wurde sie auf ein Jahr erweitert.

§ 17. 7) § 154 b StPO. als Vorläufer der geplanten nationalsozialistischen Strafprozeßreform.

Von den bisher erwähnten, sämtlich auf dem Prinzip des mangelnden staatlichen Interesses beruhenden Fällen der Opportunität weicht der neue § 154 b sowohl in Tragweite wie in Zweckrichtung erheblich ab. Die Bestimmung ist im Zuge der nationalsozialistischen Rechtserneuerung durch die Strafprozeßnovelle vom 28. 6. 1935 eingefügt worden. Sie lautet:

> „Ist eine Nötigung oder Erpressung durch die Drohung begangen worden, eine Straftat zu offenbaren, so kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung der Tat, deren Offenbarung angedroht worden ist, absehen, wenn sie nicht zur Sühne und zum Schutze der Volksgemeinschaft unerläßlich ist."

Die Anregung zu einer solchen Regelung der Opportunität geht in die Vorkriegszeit zurück; wir hatten sie schon bei Dietz gefunden[1]). Durch das starre Legalitätsprinzip war die staatsanwaltschaftliche und kriminalpolizeiliche Praxis in der Bekämpfung der Erpressungsseuche aufs stärkste behindert, soweit die Erpressungen durch Drohung mit einer Strafanzeige begangen wurden. Auf Mitteilung oder gar Mithilfe des Erpreßten konnte nicht gerechnet werden, solange dieser gewiß sein mußte, hierdurch seine eigene Be-

---

7) Vgl. RGSt. 69, 54.

8) Vgl. oben S. 50; vgl. auch RGSt. 69, 54, die ausdrücklich von „Voraussetzungen der Anwendung des § 154 a" spricht.

9) Löwe-R. § 154 a Ziff. 4 und Amtliche Begründung, a.a.O.

10) RGSt. 69, 54.

1) Vgl. oben S. 17.

strafung herbeizuführen. Die deshalb von der Praxis wiederholt erhobene Forderung auf Lockerung des Verfolgungszwanges erschien für das damalige Rechtsdenken zu revolutionär; sie durchzuführen, konnte darum erst der Tatkraft des nationalsozialistischen Gesetzgebers gelingen.

§ 154 b beruht auf der Erwägung, daß die Volksgemeinschaft meist ein größeres Interesse an der Bestrafung des Erpressers als an der des Opfers hat, weil „die Tat des Erpressers nicht selten weit gefährlicher und niederträchtiger als die Tat des Erpreßten" ist[2]). Besonders die Gefahr der fortlaufenden Wiederholung bedingt die die Notwendigkeit einer Verfolgung. Er erscheint daher für die Staatsautorität erträglich, wenn zugunsten einer durchgreifenden Strafverfolgung u. U. auf Bestrafung des Erpreßten verzichtet wird[3]). Es greift hier also der Grundsatz des überwiegenden staatlichen Interesses an der Nichtverfolgung ein. Durch die Ermessensfreiheit soll dem Erpreßten für die Anzeige die Prämie der Straflosigkeit[4]) geboten und damit zugleich den Erpressern das Handwerk erschwert werden.

Da auch der Tatbestand der Nötigung durch die Drohung der Offenbarung erfüllt werden kann, z. B. durch öffentliche Bekanntgabe, so wird dieser in § 154 b einbezogen. Daß entgegen dem Wortlaut der § 154 b nicht nur bei vollendeten Erpressungen und Nötigungen, sondern ebenso beim Versuch Platz greift, ist unbestritten[5]); Zweck der Vorschrift ist ja gerade die Verhinderung solcher Straftaten.

Ausgangspunkt der Bestimmung war die gleichzeitige verschärfte Neuregelung der Strafbestimmungen über die Unzucht zwischen Männern §§ 175—175 b StGB. in der Fassung des Gesetzes vom 28. 6. 1935. § 154 b beschränkt sich aber nicht auf derartige Delikte, sondern gilt allgemein. Er umfaßt insbesondere auch Verbrechen[6]). „Tat" ist hier im Sinne des § 264 zu verstehen, so daß tateinheitlich begangene Delikte mitumfaßt sind, auch wenn deren Offenbarung nicht angedroht wurde[7]).

Eine Grenze der Ermessensfreiheit besteht nur, insofern die Verfolgung der Tat zur Sühne und zum Schutze der Volksgemeinschaft unerläßlich ist. Dies ist außerordentlich eng aufzufassen. Die Nichtverfolgung des Erpreßten soll die Regel bilden[8]). Auf eine Abwägung der Taten des Erpressers und des Erpreßten hinsichtlich ihrer Strafwürdigkeit kann es dabei nicht ankommen[9]).

---

2) Amtliche Begründung nach Löwe-R., Erg. Bd. Hellwig zur 19. Aufl. § 154 b.
3) Amtliche Begründung, a.a.O.
4) Freisler: Jahrb. d. dt. Rechts 1935 S. 519 ff.
5) Amtliche Begründung, a.a.O.; Schwarz, ZdAk. 1936 S. 121; Schäfer-Lehmann-Dörffler, S. 70 Ziff. 2; Schlüter, JW. 35 S. 2331.
6) Schäfer-Lehmann-Dörffler, Ziff. 4.
7) Schwarz, a.a.O.
8) Freisler, a.a.O.
9) Freisler, a.a.O.; Schlüter, a.a.O.

Eine solche Abstellung könnte für den Erpreßten keine Vertrauensgrundlage bilden. Diese soll aber grundsätzlich bestehen [10]). Unerläßlich ist demnach eine Verfolgung nicht schon dann, wenn sie im öffentlichen Interesse läge oder sogar dringlich wäre, sondern erst dann, wenn die Nichtverfolgung auch bei Berücksichtigung des Interesses an der Ermittlung des Erpressers dem Sühne- und Schutzbedürfnis des Volkes erheblich widersprechen würde [11]). Unerläßlichkeit bedeutet den höchsten Grad der Notwendigkeit [12]). Die Staatsanwaltschaft wird besonders darauf abstellen, ob die Unterlassung der Verfolgung sich zum gesunden Volksempfinden derart in Gegensatz stellen würde, daß es für die Rechtspflege untragbar erschiene, wie z. B. bei Verbrechen gegen das Leben, schweren Sittlichkeitsverbrechen oder Hoch- und Landesverrat.

Fraglich erscheint, ob diese Grenze des freien Ermessens eine äußere oder eine innere Schranke darstellt [13]). Die Formulierung des § 154 b, welche der der vorhergehenden Bestimmung der §§ 153 ff. gleicht, verleitet dazu, die Ausnahmefälle, in denen „die Verfolgung zur Sühne und zum Schutze der Volksgemeinschaft unerläßlich ist", als einen Vorbehalt für das Legalitätsprinzip aufzufassen [14]). Danach wäre dieses Merkmal ein dehnbarer Rechtsbegriff, der den Raum des freien Ermessens abgrenzt, und müßte, ähnlich wie die anderen abgrenzenden Voraussetzungen, der Nachprüfung im Klageerzwingungsverfahren unterliegen. Bei näherer Betrachtung erscheint es jedoch viel zu allgemein und unbestimmt, als daß es noch den Charakter „theoretischer Eindeutigkeit" tragen könnte [15]). Die hier zu treffende Entscheidung ist vielmehr eine solche freien Ermessens. Insbesondere die Beurteilung des S c h u t z bedürfnisses ist eine Ermessensfunktion. Die im § 154 b enthaltene „Ausnahmeklausel" stellt also in Wirklichkeit eine bloße „Ausrichtungsnorm" dar; sie begrenzt die beim Ermessen zu verfolgenden Zwecke [16]). Der Staatsanwaltschaft wird hier für die Durchführung der Verfolgung eine sehr eng gezogene Instruktion gegeben. Es handelt sich also um eine i n n e r e objektive Schranke des freien Ermessens. Ob sie gewahrt ist, kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht durch den Richter nachgeprüft werden. Das kann nur bezüglich der eigentlichen Voraussetzung der Opportunität, nämlich des Unternehmens einer Erpressung oder Nötigung geschehen.

Soweit die Zweckmäßigkeit hiernach gegeben ist, wird weiter für das Ermessen entscheidend, ob die in Aussicht gestellte Straffreiheit für die Ermittlung des Erpressers ursächlich oder wenigstens

---

10) Freisler, a.a.O.
11) Amtliche Begründung, a.a.O.; Schäfer-Lehmann-Dörffler, Ziff. 3.
12) Schlüter, a.a.O.
13) Vgl. oben, S. 2.
14) so Freisler, a.a.O.
15) vergl. S. 2.
16) vergl. S. 2.

mit ursächlich war[17]). Das heißt nicht, daß der Erpreßte selbst die Anzeige erstatten muß. Es genügt auch, wenn sie von Verwandten oder Bekannten ausgeht. Es läßt sich auch nicht generell sagen[18]), daß eine Einstellung kaum in Frage komme, wenn der Erpresser durch die staatlichen Organe ermittelt wird. Demgegenüber betonen Freisler[19]) und Schlüter[20]) mit Recht, daß es nicht nur auf den konkreten Fall ankomme, sondern daß die Vorschrift eine allgemeine psychologische Einwirkung auf die Opfer der Erpressung bezwecke. Es soll ihnen Mut und Vertrauen zur Offenbarung gegeben werden. Diese allgemeine Vertrauensgrundlage muß geschützt werden, wenn nicht der Zweck der Vorschrift beeinträchtigt werden soll. Da außerhalb der gezogenen Schranke das Ermessen meist zugunsten des Erpreßten entscheiden wird, wird die Nichtverfolgung die Regel sein. Örtliche Verschiedenheiten auszugleichen, bleibt den Anweisungen des RJM. überlassen. Durch die „Richtlinien" ist für jeden Fall der Einstellung angeordnet, die Zustimmung des Generalstaatsanwalts einzuholen und an den RJM. eine Abschrift zu geben.

Nach dem Wortlaute des § 154 b kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung allgemein, nicht nur von der Anklage absehen. Eine gewisse Aufklärung wird zur Wahrnehmung der Opportunität stets notwendig sein. Die Einstellung hat einen Verbrauch der Strafklage nicht zur Folge[21]); jedoch verbietet schon der Vertrauensgrundsatz eine Neuerhebung ohne wesentliche Gründe.

Das Absehen von der Verfolgung erfolgt, obwohl es auch Verbrechen umfaßt, ohne Mitwirkung des Gerichtes. Es künden sich hier schon die Gedankengänge der Verfahrensreform an: Trennung der Aufgaben und klare Abgrenzung der Verantwortlichkeit von Richter und Staatsanwalt, weitgehende Lockerung der gesetzlichen Bindungen[22]).

Nach der Klageerhebung ist eine entsprechende Einstellung durch das Gericht nicht mehr möglich. Jetzt entfällt der Sinn des § 154 b: Eine Strafanzeige von seiten des Erpreßten erübrigt sich jetzt. Auch erschien dem Gesetzgeber eine Strafloslassung schwerer Delikte nach Befassung des Gerichtes wohl nicht mehr tragbar.

---

17) Amtliche Begr. a.a.O.
18) z. B. Schwarz, a.a.O. und Lehmann, DJ. 1935 S. 999.
19) a.a.O.
20) Schlüter, a.a.O.
21) Schwarz, a.a.O.; RGSt. 67, 316.
22) Freisler a.a.O.; Schlüter a.a.O.; Lehmann a.a.O.

III. Teil:

LEGALITÄTS- UND OPPORTUNITÄTSPRINZIP IN DER NATIONALSOZIALISTISCHEN STRAFRECHTS-ERNEUERUNG.

§ 18. Die bisherigen Einschränkungen des Legalitätsprinzips.

Beruhte die Einführung des § 154 b noch auf alten Reformbestrebungen und ist dessen Auswirkung auf vereinzelte Fälle beschränkt, so stellen die anderen, seit 1933 durchgeführten Einschränkungen des Legalitätsprinzips weitgreifende und für den neuen Staat charakteristische Neuschöpfungen dar. Sie liegen ausnahmslos auf dem Gebiete der politisch bedeutsamen (sei es der eigentlich politischen oder der wirtschaftlich-politischen) Delikte.

Bei den sog. politischen Delikten war, wie wir gesehen haben, für das ursprüngliche unbefangene Denken eine Anwendung der Opportunität durchaus natürlich[1]). Dagegen hatte die liberal-konstitutionell geprägte Rechtslehre gerade hier notwendigerweise unbedingte Legalität gefordert[2]), um nicht das politische Strafrecht nur gegenüber den Gegnern der jeweils herrschenden Regierung[3]) zur Anwendung kommen zu lassen. Im liberalen Staat hatte das politische Strafrecht eben nur noch Ordnungs-, aber keine Machtfunktion; es sollte nur den Wettlauf der gleichberechtigten Kräfte um die Macht regeln. In der Endzeit des Weimarer Staates hatte die Macht der Tatsachen schließlich zu einer Auflockerung des Legalitätsprinzips geführt, und zwar bezeichnenderweise bei Angriffen auf das Staatsoberhaupt[4]).

Im weltanschaulich einheitlichen, autoritären Staat wird demgegenüber das politische Strafrecht wieder zu einem Kampfmittel in der Hand des Staates. In dem Gebrauch dieser Waffe muß sich der Staat weitgehend Handlungsfreiheit vorbehalten. Besondere, von zeitlich wandelbaren politischen Umständen abhängige Interessen entscheiden über deren Einsatz. Vor allem können besondere Interessen einer verfahrensmäßigen Aufrollung entgegenstehen[5]). Bei den durch Wort oder Schrift begangenen politischen Angriffen entzieht sich zudem der eigentliche Unrechtsgehalt einer tatbestandlichen Erfassung. Hier kann nur im Einzelfalle über Strafwürdigkeit und Strafnotwendigkeit entschieden werden. Der nationalsozialistische Staat hat diesen mannigfaltigen Erfordernissen nach Auflockerung der Legalität nicht durch Einführung der einfachen Ermessensfreiheit der Staatsanwaltschaft entsprochen, sondern durch Einfügung der Verfolgungs- und Prozeßvoraussetzungen des „An-

1) Vgl. oben S. 9.
2) Vgl. oben S. 10 ff.
3) Holtzendorff, Reform, S. 25.
4) Vgl. oben S. 24.
5) E. Schäfer bei Gürtner: Bericht II, S. 560.

trages", der „Anordnung" und „Zustimmung" oberster Reichsstellen im materiellen Strafrecht [6]). Die Ermessensentscheidung über die Verfolgung ist damit der zuständigen staatsanwaltschaftlichen Behörde entzogen. Sie liegt bei den zur Wahrung der fraglichen politischen Interessen berufenen und infolge ihrer Übersicht allein befähigten Stellen. Es wird so zugleich die dringend notwendige Einheitlichkeit der Behandlung gewährleistet [7]).

Die genannten prozessualen Erfordernisse bedingen als echte Prozeßvoraussetzungen den Beginn des gerichtlichen Verfahrens und im besonderen den Erlaß eines Sachurteils [8]), müssen also jederzeit von Amts wegen beachtet werden. Im einzelnen sind sie verschieden gestaltet. Inhaltlich aber bringen sie alle eine besonders gestaltete Opportunität.

I. Ein Antrag der Reichsregierung ist Verfolgungsvoraussetzung bei den leichteren Tatbeständen landesverräterischer Handlungen nach §§ 90 b (öffentliche Mitteilung früherer Staatsgeheimnisse), 90 e (fahrlässige Mitteilung von Staatsgeheimnissen) und 90 i (einfache landesverräterische Bestechlichkeit).

Da die fraglichen Angelegenheiten grundsätzlich strenger Geheimhaltung bedürfen, ist eine Erörterung im Verfahren vielfach unerwünscht. Zudem kann sowohl die Schuld wie die wirklich eingetretene Gefahr im Einzelfalle so gering sein, daß strafrechtliche Sühne und strafrechtlicher Schutz nicht erforderlich sind. Das grundsätzliche Schutzbedürfnis des Staates erforderte es andererseits, die tatbestandliche Grenze möglichst weit zu ziehen [9]). Bei § 90 b und § 90 e dient die Opportunität zugleich dazu, unter Ausschaltung der Fälle relativ geringen Unrechtsgehalts die wirklich strafwürdigen Begehungsformen auszusondern (Tatbestandskorrektur).

Dieses Antragsrecht hat also materiell nichts mit dem Strafantrag des verletzten Einzelnen zu tun, den die Strafrechtserneuerung bekanntlich ablehnt [10]). Es stellt vielmehr ein echtes Hoheitsrecht des Staates [11]) ähnlich dem Niederschlagungsrechte dar. Es erscheint darum fraglich, inwieweit die prozessualen Regelungen der §§ 61 bis 65 StGB. hier Anwendung finden. Die materielle Wesensverschiedenheit spricht dagegen. Dafür spricht jedoch die unterschiedliche Fassung der Prozeßvoraussetzungen als „Antrag" hier und als „Zustimmung" in § 4 Abs. 3 StGB., die sämtlich durch das Gesetz vom 24. 4. 1934 eingefügt worden sind. Hätte der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der §§ 61 ff. ausschließen wollen, so

6) Bezeichnenderweise hat auch das faschistische Strafrecht verschiedentlich „Ersuchen und Ermächtigungen zur Strafverfolgung" eingefügt. Becker, DJ. 1936 S. 1159.
7) E. Schäfer, a.a.O., S. 562.
8) E. Schäfer. a.a.O.; Becker, DJ. 1936 S. 1159.
9) Vgl. E. Schäfer, a.a.O. S. 562/63.
10) Freisler, DStrR. 1936 S. 65 ff. (74).
11) Becker, a.a.O. S. 1161.

würde er auch hier von „Zustimmung„ gesprochen haben. Trotz innerer Verschiedenheit müssen die Bestimmungen der §§ 61 ff. also auch für die Antragsdelikte der §§ 90 b ff. gelten[12]). Der Antrag kann nur innerhalb dreier Monate nach Kenntnis gestellt werden und wirkt gegen alle Beteiligten zusammen. — Die Zurücknahme ist bei allen drei Bestimmungen für zulässig erklärt.

II. In den durch das Gesetz vom 2. 7. 1936 im Anschluß an den sog. Arnimparagraphen (§ 353 a) neu eingefügten §§ 353 b und 353 c (Mitteilung von behördlichen Geheimnissen und geheimen amtlichen Schriftstücken) ist die Strafverfolgung insoweit von einer „Anordnung des Reichministers der Justiz" abhängig gemacht, als die Tat nicht von einem Beamten begangen ist (dann genügt die „Zustimmung" der vorgesetzten Behörde). Die Gründe für diese Neuerungen sind die gleichen wie bei den unter I genannten Delikten. Die abweichende Form dieser Prozeßvoraussetzung bringt einmal schärfer zum Ausdruck, daß es sich um eine hoheitliche Befugnis handelt, die entsprechend der inzwischen fortgeschrittenen Entwicklung nicht mehr von der gesamten Reichsregierung, sondern von dem einzelnen zuständigen Minister ausgeübt wird, und bedingt vor allem, daß wesentlich andere prozessuale Regeln als beim Antrag gelten.

Aus außenpolitischen Gründen ist für die Strafverfolgung eines Ausländers nach dem Ehegesundheitsgesetz vom 18. 10. 1935 (§ 5 Abs. 2) ebenfalls eine Anordnung des Reichsjustizministers, die dieser im Einvernehmen mit dem Reichsinnenminister trifft, zur Voraussetzung gemacht. (In § 16 Abs. 2 der ersten Ausf.VO. des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre ist für den gleichen Fall eine gemeinsame „Zustimmung" beider Reichsminister vorgesehen.)

Eine im Einvernehmen mit dem Stellvertreter des Führers zu treffende Anordnung des RJM. ist vorgesehen in § 134 b StGB. (Beschimpfung der NSDAP. und ihrer Einrichtungen). Praktisch noch größere Bedeutung hat die gleiche Prozeßvoraussetzung in Art. 1 § 2 des sog. Heimtückegesetzes vom 20. 12. 1934; auch hier wirkt der Stellvertreter des Führers mit, soweit die NSDAP. betroffen ist.

Wie die amtliche Begründung[13]) zu der letztgenannten Bestimmung sagt, soll hier, „um die neue Waffe nicht abzustumpfen, eine Verfolgung im allgemeinen nur eintreten, wenn die Straflosigkeit im Interesse des gemeinen Wohles und des Ansehens von Staat und Partei nicht tragbar wäre". Eine unterschiedslose Verfolgung aller Biertischreden oder Unmutsäußerungen von Volksgenossen, die ihrem Lebenskreise nach zu einer kräftigen Ausdrucksweise neigen, würde dem Sinne dieser Bestimmungen eben nicht entsprechen. Bei der notwendig weiten Fassung des Tatbestandes kann nur nach der

12) So auch Becker, a.a.O. S. 1161.
13) DJ. 1935 S. 42; Becker, a.a.O.; dazu AV. RJM. vom 28. 12. 1934 (DJ. 35 S. 7).

Art der betreffenden Äußerung und der Gesamtheit der Nebenumstände, insbesondere der Stellung, der politischen Haltung und Vergangenheit des Täters, beurteilt werden, ob die Sache wirklich strafwürdig ist. Es soll mittels der Opportunität vor allem vermieden werden, ein Denunziantentum großzuziehen, das für die Volksgemeinschaft schließlich verderblicher wäre als die gefallenen Äußerungen[14]). Die Zusammenfassung der Entscheidungsgewalt an der Spitze der Justizverwaltung garantiert eine einheitliche und zentrale Beurteilung der Fragen vom Blickpunkte der Gesamtheit aus und bildet den besten Schutz gegen willkürliche und schädliche Entscheidungen. Die Einflußnahme der Bewegung wirkt sich zwar nur intern aus und hat keine prozessuale Bedeutung, unterliegt also nicht der richterlichen Feststellung[15]); praktisch aber wird sie stets ausschlaggebend sein. Sie entspricht der Bedeutung, die die Bewegung im Volksganzen einnimmt.

III. In prozessualer Form tritt diese Einflußnahme der Bewegung bei den meisten übrigen Delikten im Heimtückegesetz in Erscheinung, wo es zur Verfolgung der „Zustimmung des Stellvertreters des Führers" oder der von ihm bestimmten Stelle bedarf (vgl. Art. 1 §§ 1 Abs. 3, 4 Abs. 2 und 5 Abs. 6). Nach der 3. Durchf.VO. vom 16. 3. 1935 (RGBl. I, S. 387) ist bei Zuwiderhandlungen gegen § 5 des Gesetzes sowie gegen die Anordnungen über die Herstellung parteiamtlicher Kleidungsstücke (vgl. § 5 der VO.) die Zustimmung des Reichsschatzmeisters der NSDAP. Verfolgungsvoraussetzung.

Da außerdem in § 3 Abs. 3 für Auslandsstraftaten allgemein Opportunität besteht, so ist das Legalitätsprinzip im Heimtückegesetz überhaupt nur noch bei einer Minderheit von Delikten in Geltung, nämlich bei § 3 und § 1 Abs. 1 und 2[16]).

Diese „Zustimmung" stellt insoweit eine Besonderheit von umwälzender Bedeutung dar, als die Ermessensentscheidung über die Verfolgung gänzlich aus dem Bereiche der Verfolgungsbehörde wie ihrer Spitze herausgenommen ist[17]). Wenn sie also auch formell nicht mehr zu dem eigentlichen Opportunitätsprinzip in dem eingangs gegebenen Sinne gehört, so steht sie doch rechtlich in dessen unmittelbarer Nähe. Es ist nicht angängig, sie irgendwie mit dem Antragsrecht des Verletzten oder einer verletzten Körperschaft in Verbindung zu bringen. Die „Zustimmung" ist vielmehr ein echtes Hoheitsrecht, der Ausdruck der einzigartigen hoheitlichen Stellung der Bewegung im Gefüge des Reiches. Der Bewegung ist hiermit

14) Vgl. AV. RJM. vom 28. 12. 1934; (DJ. 1935 S. 7).
15) E. Schäfer, a.a.O. S. 562.
16) Das Legalitätsprinzip hat sich auch hier in der Praxis nicht als tunlich erwiesen. Die Staatsanwaltschaft wurde zu einer erweiterten Einstellung aus subjektiven Gründen gedrängt. Die Reform führt deshalb auch hier Opportunität ein; vgl. bei Gürtner Bericht II: Nagler, S. 110/111 Ziff. 3.
17) Angebahnt findet sich dies schon in §§ 30, 76 JWG. vom 9. 7. 1922.

eine autonome Macht, zu verzeihen und Verfolgung zu erheischen, beigelegt[18]).

Die Einfügung dieser Bestimmungen beruht auf besonderen Wünschen und Erfordernissen der Partei. Sie dienen ebenso wie die im Heimtückegesetz enthaltenen ausfüllbaren Rahmenbestimmungen (§ 2 Abs. 4, § 5 Abs. 1) vor allem dazu, dem strafrechtlichen Schutz der Bewegung die Elastizität zu geben, deren sie bei ihrer Verzahnung mit allen Gebieten des öffentlichen Lebens bedarf[19]). Sie kann ihren Schutz durch politische Maßnahmen häufig viel besser gewährleisten. Eine Einengung durch starre Normen wäre der Bewegung nur abträglich. Laut der amtlichen Begründung[20]) „soll ermöglicht werden, daß leichtere Fälle, an deren Verfolgung der Partei nichts gelegen ist, straflos bleiben, und soll ferner vermieden werden, daß Strafverfahren durchgeführt werden, die dem Ansehen der Partei nichts nützen".

Nach dem Zeugnis von Freisler[21]) wird für den künftigen umfassenden Strafrechtsschutz der Bewegung diese prozessuale Gestaltung der Verfolgungsmöglichkeit noch erheblich größere Bedeutung gewinnen, eben weil sie den praktischen Erfordernissen viel besser als das einfache Opportunitätsprinzip genügt und die Rechtspflege nicht mit zeitpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen befaßt, zu denen sie nicht berufen ist.

Zu II u. III. Irgendein Unterschied prozessualer Art zwischen den genannten Prozeßvoraussetzungen der „Anordnung" und der „Zustimmung" (ebenso wie der „Ermächtigung"[22]) ist nicht ersichtlich. Mit „Zustimmung" wird allgemein die Verfolgungsbewilligung von Stellen außerhalb der Justizverwaltung bezeichnet[23]), während eine „Anordnung" nur innerhalb derselben ergehen kann. Für alle müssen dieselben prozessualen Regeln gelten. Insbesondere können die Vorschriften über den Strafantrag angesichts der inhaltlichen und äußeren Verschiedenheit nicht für eine dieser Prozeßvoraussetzungen gelten[24]). Für ihre Erteilung besteht also keine besondere Frist; sie können in jeder Instanz, auch in der Revisionsinstanz erklärt werden[25]). Sie können gegen jeden Tatbeteiligten unabhängig von dem anderen ergehen. Sie sind ferner jederzeit zurücknehmbar; für solche politischen Akte sind Bindungen unangebracht. Begrenzt wird die Rücknahme nur durch die Verkündung eines Urteils jeder Instanz; § 64 Abs. 1 bringt insoweit einen allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck. Einer gerichtlichen Entscheidung gemäß § 153 Ab-

18) Freisler, a.a.O.
19) Freisler, a.a.O.
20) DJ. 1935 S. 42, zu § 1.
21) DStrR. 1936, S. 65 ff. (74); bei Gürtner, Bericht II, S. 71 ff.
22) in § 94 StGB. vergl. S. 24.
23) Vgl. § 353 b StGB.
24) Vgl. Becker, a.a.O.
25) Frank, Nachtrag 1935 (Schäfer-v. Dohnanyi) § 134 b, § 2 Heimtückegesetz.

satz 3 bedarf es zur Einstellung also gar nicht; deren Zweck wird hier wesentlich einfacher erreicht.

Fraglich erscheint es, ob vor Ergehen der Anordnung usw. schon Verfolgungsmaßnahmen zulässig sind (vgl. § 130 StPO.). Es ist indessen praktisch gar nicht denkbar, wie die übergeordneten Instanzen ihre Entscheidung treffen sollen, ohne daß nicht gewisse Ermittlungen stattgefunden haben. So hat für das Heimtückegesetz die AV. vom 28. 12. 1934 vorgeschrieben, daß in Fällen, wo nach Auffassung der zuständigen Staatsanwaltschaft mit einer weiteren Verfolgung nicht zu rechnen ist, zunächst nur über Wortlaut, Tatumstände und Beweggründe eine Aufklärung zu schaffen und dann zu berichten ist. Im umgekehrten Falle können dagegen auch schon Zwangsmaßnahmen ergriffen werden.

Die besondere Ausgestaltung des Opoprtunitätsprinzips in der Form von Prozeßvoraussetzungen findet also ihre Ergänzung in einer eingehenden internen Regelung der Berichterstattung; die betreffenden Delikte sind zu „Berichtsdelikten" geworden. Bei Angriffen auf die Partei geht die Berichterstattung ebenfalls an den RJM., damit dieser dann die Zustimmung der zuständigen Parteistelle herbeiführen kann[26]).

§ 19. Opportunitätsbestimmungen im Wirtschaftsstrafrecht.

Die im Zuge des nationalsozialistischen Aufbaus erlassenen mannigfaltigen Vorschriften zur Ordnung des Wirtschaftslebens — durch Bildung von Marktvereinigungen und Zwangswirtschaftsverbänden, durch Festsetzung von Preissätzen und Preisspannen, durch Regelung der Erzeugung und des Absatzes und Einführung von Geschäfts- und Lieferungsbedingungen — erhielten ihre Sanktion zu einem erheblichen Teile durch Strafvorschriften, sei es durch Rahmenbestimmungen oder Einzelstrafbestimmungen. Die vorgesehenen Strafen waren meist wahlweise Gefängnis und Geldstrafe in sehr erheblicher oder unbegrenzter Höhe.

Den Zwangswirtschaftsverbänden wurde zur Gewährleistung ihrer inneren Ordnung das Recht der Verhängung von Ordnungsstrafen in Geld für leichtere Zuwiderhandlungen gegeben (vgl. VO. zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh vom 9. 7. 1934, 27. 2. 1935 und 4. 7. 1935).

Außerdem erhielten die mit der Preisüberwachung betrauten Stellen die Befugnis, Ordnungsstrafen zu verhängen.

Das so entstandene Nebeneinander von Kriminal- und Ordnungsstrafrecht drängte auf Anpassung und Abgrenzung. Erstmalig

---

26) Die Einschaltung des ganzen Instanzenweges hat sich nach Freisler (DStrR. 35, S. 84) allerdings nicht als sehr praktikabel erwiesen. Becker, a.a.O. schlägt deshalb vor, den Strafverfolgungsbehörden selbst im Einvernehmen mit einem höheren Hoheitsträger der Partei die Opportunitätsentscheidung zu geben.

in der Verordnung zur Ordnung der Getreidewirtschaft vom 15. 7. 1934 wurde in § 91 der Weg eingeschlagen, für gewisse Fälle Kriminalstrafe und Ordnungsstrafe wahlweise in der Form zuzulassen, daß die Reichsstelle für Getreide, statt Ordnungsstrafen zu verhängen, auch einen Antrag auf Strafverfolgung stellen kann.

Das reine Legalitätsprinzip erwies sich bei den wirtschaftsregelnden Strafvorschriften im Laufe der Zeit als sehr wenig zweckmäßig. Das Wirtschaftsleben in seiner unberechenbaren Mannigfaltigkeit und seiner steten Entwicklung kann noch weniger als das politische Leben starren Regeln unterworfen werden. Bei der Fülle wirtschaftsregelnder Strafvorschriften können oft genug Überschreitungen vorkommen, die nicht kriminell strafwürdig sind und bei denen das Staatsinteresse eine Ahndung nicht fordert. Zudem führt eine unterschiedslose Strafverfolgung zu einer außerordentlichen Belastung der Rechtspflegeorgane. Die Verhängung von Ordnungsstrafen, die ja stets fakultativ ist[1]), ist oft ein wesentlich besseres Mittel, um ohne verfahrensmäßige Umständlichkeiten die Befolgung der Vorschriften zu erzwingen.

Durch die Verordnung über Preisüberwachung vom 11. 12. 1934 (RGBl. I, S. 1245) wurde der Fragenkreis abschließend in der Form geregelt, daß für sämtliche auf Grund der Befugnisse des Preiskommissars erlassenen Verordnungen nachträglich bestimmt wurde, eine Strafverfolgung finde nur auf Antrag der zuständigen Preisüberwachungsstelle oder des Reichskommissars statt (§§ 13, 14). Der Antrag ist zurücknehmbar. Wenn er nicht gestellt wird, kann für jede Zuwiderhandlung eine Ordnungsstrafe bis zu 10000 RM. verhängt werden (§ 15). Damit ist die Entscheidung über die Verfolgung auch hier aus der Hand der Staatsanwaltschaft in die der sachlich erfahrenen Behörde gelegt. Da diese in den meisten Fällen auch die gesamten Ermittlungen trifft, bedeutet das praktisch eine beträchtliche Entlastung der staatsanwaltschaflichen Arbeit. Zugleich ist die Frage der Abgrenzung zwischen Kriminal- und Ordnungsstrafe in ebenso einfacher Weise geregelt: Es bleibt dem Ermessen der Überwachungsstellen überlassen, nach dem Einzelfalle festzustellen, ob nur eine Ordnungswidrigkeit vorliegt oder ob die Schwere der Zuwiderhandlung strafrechtliche Sühne erfordert. Auch dieser „Antrag" ist eine hoheitliche Befugnis und hat mit dem Antrag des Verletzten dem Wesen nach wenig gemein. Aus den gleichen Gründen wie bei den in § 18 d. A. unter I genannten Delikten müssen die Regeln der §§ 161 bis 164 StGB. aber auch hier für anwendbar gehalten werden. In ähnlicher Form sind „Antragsdelikte" im Spinnstoffgesetz vom 6. 12. 1935 und in verschiedenen Gesetzesbestimmungen über die forstwirtschaftliche Marktordnung enthalten (Gesetz vom 16. 10. 1935 und Verordnung vom 17. 6. 1936; hier ist ein Antrag des Reichsforstmeisters vorgesehen).

---

1) Vgl. Meeske, DStrR. 1936 S. 158.

In der Verordnung über Silberpreise vom 6. 10. 1936 (RGBl. I, S. 881) wurden die Bestimmungen der §§ 13—17 der Verordnung vom 11. 12. 1934 einfach für entsprechend anwendbar erklärt. Ebenso wurden sie in § 12 der Verordnung über Fleisch- und Wurstpreise vom 22. 10. 1936 (RGBl. I, S. 897) inhaltlich wiederholt. Desgleichen in der Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26. 11. 1936 (RGBl. I, S. 955), woselbst die Ordnungsstrafen nun in unbegrenzter Höhe zugelassen wurden. In der gleichen Form sahen auch die folgenden marktregelnden Vorschriften Strafantrag und Ordnungsstrafbefugnis wahlweise vor: Verordnung über das Verbot von Rundholzverkäufen nach dem Meistgebot vom 10. 2. 1937 (RGBl. I, S. 189), die drei Verordnungen zur Verbilligung von Stickstoff und Kalidüngemitteln, über Erzeugerpreise für Kartoffeln und über Getreidepreise vom 23. 3. 1937 (RGBl. I, S. 376/80), Verordnung über Verbraucherhöchstpreise für Hühner- und Enteneier vom 13. 4. 1937 (RGBl. I, S. 452) und Lederpreisverordnung vom 29. 4. 1937 (RGBl. I, S. 553).

§ 20. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im künftigen Strafprozeß.

I. Ohne Zweifel ist das Legalitätsprinzip durch die nationalsozialistische Rechtserneuerung in weitem Maße durchlöchert, und die Entwicklung geht auf eine weitere Einschränkung hinaus. Es ist darum berechtigt, die Frage aufzuwerfen, ob das Legalitätsprinzip überhaupt nicht gänzlich zu beseitigen ist.

Schon der Name weist es in den Bereich eines formalen Rechtsdenkens, dessen Überwindung der Nationalsozialismus erstrebt[1]). „Legalität" ist ja der bezeichnende rechtliche Höchstwert des vergangenen „Gesetzgebungsstaates", für den das staatliche Handeln sich der Idee nach ausschließlich aus Gesetzesbestimmtheit und Gesetzmäßigkeit legitimiert[2]). Inhaltlich bringt dieser Verfahrensgrundsatz auf dem Gebiete des Strafprozesses die unbedingte gesetzliche Bindung der Staatsorgane und damit des Staates selbst. Die Rechtserneuerung sucht demgegenüber die Herrschaft der Normen abzulösen und gibt weitgehend Ermessensfreiheit[3]).

Daß diese Beziehungen nicht äußerlicher Art sind, daß das Legalitätsprinzip vielmehr im weitesten Maße durch den Liberalismus des 19. Jahrhunderts und die Struktur des von ihm geschaffenen konstitutionell-parlamentarischen Staates bedingt ist, hat die historische Untersuchung dargelegt. Auf die dort aufgezeigten mannigfachen Zusammenhänge mit dem weltanschaulichen und rechtlichen Gedankengut der Zeit kann hier nur verwiesen werden. Als

1) Dahm, Bemerkung zur Reform des Strafverfahrens II (Legalität und Opportunität) ZStW. 54 S. 401 ff.

2) H. Henkel, Strafrichter usw., S. 13, 42 ff.; Unabhängigkeit, S. 28; C. Schmitt, Legalität usw., S. 8; Siegert, ZStW. 54 S. 25,

3) Vgl. Henkel, a.a.O.

Wesentliches hat sich ergeben, daß nur aus der politisch begründeten grundsätzlichen Gegnerschaft der damaligen Geisteshaltung gegen jegliche Opportunität im Strafverfahren die doktrinäre Festlegung des Legalitätsprinzips zu erklären ist[4]). Als dessen Sinn erscheint die Sicherung gegen Willkür des Staates und des abhängigen Staatsanwaltes und die Verbürgung der gleichmäßigen Anwendung der Strafrechtsnormen gegen jeden und für jeden[5]). Das Legalitätsprinzip bringt im Strafrecht den Grundsatz der „Gleichheit" zur Geltung[6]), so wie § 2 a. F. StGB. die „Freiheit" gewährleistete[7]). Es bildet so eine Ergänzung des Satzes „nulla poena sine lege" nach der positiven Seite[8]) und wird daher richtig von der neuen Rechtslehre als dessen „Spiegelbild" bezeichnet[9]). Indirekt wirkt es zugleich als Schutz der gesellschaftlichen Freiheit, „indem es dem Einzelnen den Schutz der Strafgesetze sichert"[10]). Diese nicht minder wichtige Funktion des Legalitätsprinzips war es, die im besonderen die Forderung nach Verstärkung durch Gewährung der subsidiären Privatklage hervorgerufen hat[11]).

Im nationalsozialistischen Führerstaat sind diese politisch-weltanschaulichen Grundlagen des Legalitätsprinzips hinfällig geworden; ebenso entfallen zum großen Teile die bisherigen sichernden Funktionen staatsrechtlicher Art. Das Legalitätsprinzip ist nach Schaffung einer reichseinheitlichen Justizverwaltung jedenfalls nicht mehr dazu erforderlich, die Einheitlichkeit der Strafverfolgung durch die einzelstaatlichen Staatsanwaltschaften zu gewährleisten. Nach der Überwindung des parlamentarischen Vielparteienstaates besteht keine Notwendigkeit mehr, eine Sicherung gegen einseitige Rechtsanwendung zugunsten der Parteigänger zu schaffen. Ebenso entschwindet mit dem Wegfall des Dualismus von Staat und Gesellschaft das der Staatsanwaltschaft als regierungsabhängiger Behörde stets entgegengebrachte Mißtrauen.

Zu diesen Überlegungen grundsätzlicher Art, die auf eine Abkehr vom Legalitätsprinzip hinzielen, tritt noch eine weitere. Wenn das neue Strafrecht auf Ehre und Treue als Grundwerten der Gemeinschaft aufbaut, so gewinnt das Strafverfahren eine ganz neue Bedeutung, weil sich diese über aller Tatbestandlichkeit stehenden Werte nur im Verfahren erfassen lassen[12]). Das materielle Recht wird mehr in den Prozeß hineingestellt. Die Staatsanwaltschaft kann dann nur nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen über die Gemeinschaftswidrigkeit der Tat und die Notwendigkeit der Sühne,

---

4) Vgl. oben S. 10—14.
5) Vgl. Holtzendorff: Reform, S. 16.
6) v. Lilienthal, ZStW. 29 S. 198 ff.
7) Henkel, Strafrichter, S. 14/15.
8) Radbruch, Asch. Mon. Schrift 1909, S. 5
9) Exner, ZStW. 54 S. 8.
10) Laband, Staatsrecht 3, S. 449.
11) Vgl. Henkel, a.a.O., S. 28/29.
12) Höhn DR. 1935 S. 266.

aber nicht im Hinblick auf eine Gesetzesverletzung die Anklage erheben.

Auf Grund all dieser Überlegungen, im besonderen der zuletzt angeführten, ist bei der Erörterung über das neue Strafprozeßrecht auf der Leipziger Zusammenkunft der deutschen Strafrechtler 1934 denn auch von Siegert[13]) die grundsätzliche Ablösung des Legalitäts- durch das Opportunitätsprinzip gefordert worden. Er will die Wahrung des Strafinteresses der Gemeinschaft und die Vermeidung von Willkür durch interne Anweisungen der Justizverwaltung gewährleistet wissen. Hierdurch sollen zugleich die Gedanken der politischen Führung in der Strafrechtspflege zur Geltung gebracht werden[14]).

Diesem Vorschlag stehen bei seiner unabsehbaren Tragweite gewisse Bedenken gegenüber. Siegert ist bis jetzt mit seiner Meinung allein geblieben. Diese führt im Endergebnis zu einer Hintanstellung, ja sogar Auflösung des materiellen Gesetzes, die auch der neuen Auffassung von Gesetz und Recht erheblich zuwiderläuft. Mit der Aufstellung des Opportunitätsgrundsatzes allein ist es ja nicht getan; dieser bedürfte im ganzen Bereich des Strafrechts der Ergänzung durch interne Anweisungen. Übrigens würden diese für die schwere Kriminalität aus notwendigen Gründen intern doch Verfolgungszwang vorschreiben müssen. In Wirklichkeit wäre die Regelung der staatsanwaltschaftlichen Verfolgungspflicht also nur vom Gesetz in die Dienstvorschriften verlagert.

Nach dem Vorschlage Siegerts soll das allgemeine Opportunitätsprinzip nicht nur die eigentlichen Opportunitätsfunktionen erfüllen, sondern darüber hinaus die Funktion der Tatbestandskorrektur[15]). Bei einem starren und formalistischen materiellen Strafrecht war eine solche Auflockerung von der prozessualen Seite her ein oft notwendiges Hilfsmittel[16]).

Das neue Strafrecht will aber gerade den Formalismus durch allgemeine Lockerung der Einzeltatbestände mittels weitgehender Verwendung dehnbarer (normativer) Begriffe und Generalklauseln sowie Umschreibung von Tätertypen ausschalten[17]). Im Verhältnis zu diesem materiellen Recht würde das Opportunitätsprinzip etwas ganz anderes bedeuten[18]). Es wäre nicht mehr ein Gegengewicht, sondern eine zweite Auflockerung[19]). Wollte man hier aus den für Siegert maßgeblichen Gründen noch grundsätzliche Opportunität fordern, so würde das bedeuten, daß es auch dem Gesetzgeber des neuen Strafrechts nicht gelungen ist, die strafrechtlich bedeutsamsten Gemeinschaftswerte tatbestandlich einzufangen. Wie die bisherigen

13) ZStW. 54 S. 14 ff. (25).
14) Nach Henkel, ZStW. 54 S. 38.
15) Vgl. oben, S. 5.
16) Dahm, ZStW. 54 S. 402.
17) Freisler bei Gürtner, Bericht II, S. 57 ff.
18) Dahm, a.a.O., S. 403.
19) Dahm, a.a.O., S. 403.

Veröffentlichungen der Reformkommission erkennen lassen, ist jedoch nicht beabsichtigt, das der Durchführung des Strafrechts dienende Verfahren derart an die Disziplinar- und Ehrengerichtsbarkeit anzunähern, wie Höhn[20]) es verlangt.

Die positive Funktion des Tatbestandes als typisierende Erfassung des Unrechts behält gerade im neuen Strafrecht ihre Bedeutung; hinfällig ist nur durch die Zulassung der unmittelbaren Rechtsschöpfung nach gesundem Volksempfinden gemäß § 2 n. F. StGB. die negative Funktion der Begrenzung der Staatsgewalt. Die Rechtserneuerung schafft also in erster Linie ein Mehr zu den Tatbeständen, indem sie um diese eine Gefahrenzone legt[21]). Die ebenfalls, aber mehr in zweiter Linie erstrebte Ausschaltung nur formal strafbarer, aber nicht materiell strafwürdiger Grenzfälle erreicht das neue Strafrecht schon durch seine allgemeine Auflockerung[22]). Daneben trägt es durch Aufstellung möglichst weiter Strafrahmen und ihre Ergänzung durch Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, durch ein Absehen von Strafe, ferner durch die Einrichtung der Verwarnung mit Strafvorbehalt der Notwendigkeit einer Sonderbehandlung leichterer Ausnahmefälle genügend Rechnung[23]). Die Frage, ob es daneben noch der Durchbrechung des Legalitätsprinzips als „der rohesten und einfachsten Art“[24]) übergesetzlicher Wertung des Einzelfalles bedarf, kann deshalb höchstens für einzelne Delikte gestellt werden.

Eine Einschränkung des Bereiches sachgemäßer Opportunität folgt schon daraus, daß die Übertretungen und gewisse Vergehenstatbestände, die als bloße Ordnungswidrigkeiten ohne sittlichen Unwertgehalt zum Ordnungsstrafrecht gehören, künftighin aus dem Kriminalrecht ausscheiden[25]). Durch die Reform wird also die Besonderheit des den Sühnegedanken als Kern enthaltenden Kriminalstrafrechts gegenüber dem Ordnungs- und Ehrenstrafrecht noch mehr als bisher hervorgehoben. Die Achtung vor diesem ethischen Moment gebietet aber, „daß die angedrohte Strafe regelmäßig voll zur Verwirklichung kommt“[26]). Diese für die Betrachtung prozessualer Dinge dringend notwendige Ausrichtung auf das neue materielle Strafrecht läßt zugleich die vorhin aufgezeigte historische und politische Bedingtheit des Legalitätsprinzips in anderem Lichte erscheinen. Es darf nicht verkannt werden, daß das Legalitätsprinzip als prozessual-technische Regel seinen eigentlichen Charakter erst im Zusammenhang mit dem materiellen Recht erhält und daß dessen Änderung zugleich seinen Inhalt verändert[27]). So hat sich, wie be,

20) a.a.O.
21) Freisler bei Gürtner, Bericht II, S. 55 ff.
22) Vgl. Freisler, a.a.O., S. 58.
23) L. Schäfer bei Gürtner, Bericht I, S. 167 ff.; Grau bei Gürtner, Bericht I, S. 185.
24) Grau bei Gürtner, Bericht I, S. 185.
25) Freisler bei Gürtner, Bericht II, S. 18; Dahm, a.a.O., S. 404.
26) Vgl. § 21 Gnadenordnung vom 6. 2. 1935, DJ. S. 203.
27) Dahm, a.a.O.

reits dargelegt, schon durch die bisherige Strafrechtsreform eine inhaltliche Änderung des Verfahrensgrundsatzes vollzogen [28]). Naturgemäß kommt die dem Richter im gebundenen Ermessen gegebene Freiheitssphäre auch dem Staatsanwalt zugute [29]); diesem liegt allerdings zugleich die Verantwortung ob, der richterlichen Beurteilung nicht vorzugreifen. Wollte man darüber hinaus der Staatsanwaltschaft grundsätzlich freies Ermessen gewähren, so bestände die Gefahr, daß dem Richter die Beurteilung eines großen Teils der Strafsachen entzogen und damit die erstrebte allmähliche Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe behindert würde. Es widerspricht vor allem auch den Grundsätzen der Verfassung des neuen Reiches, durch allgemeine Opportunität der Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde das Recht zuzuschreiben, sich jederzeit über den im Gesetz niedergelegten Willen der politischen Führung hinwegzusetzen [30]). Das Gesetz beruht im heutigen Staat auf der alleinigen Befehls- und Entscheidungsgewalt des Führers; es ist deren unmittelbarster und vornehmster Ausdruck. In dem nach dem Umbruch neugeschaffenen Gesetz wird unter maßgeblicher und entscheidender Beteiligung der Bewegung, als der führenden und antreibenden Kraft im Gefüge des Reiches, der Ideengehalt unserer Zeit in rechtliche Form gegossen [31]). Gerade aus der Auffassung des Gesetzes als Führerbefehl ergibt sich so ein durchschlagendes Argument gegen die Einführung des unbeschränkten Opportunitätsprinzips [32]).

Daß aus all diesen Gründen der Führergedanke in der Frage der Verfolgungspflicht gerade gegen die Ansicht Siegerts spricht, haben Henkel (dessen Ausführungen allerdings infolge der unrichtigen Gleichstellung von Justizministerium (= Justizverwaltung) und politischer Führung unklar bleiben) [33]) und am tiefstgehenden Dahm [34]) nachgewiesen.

Mag die Begründung Dahms in einigen — nur beiläufig angeführten — Punkten auch nicht zutreffen, so hat er doch als Erster in überzeugender und grundlegender Weise nachgewiesen, daß gerade in der Frage Legalität — Opportunität die neuen Werte nicht durch Umkehrung der alten ermittelt werden können, daß vielmehr nur die Überwindung der bisherigen dogmatisch-abstrakten Betrachtung durch eine konkrete [35]) zu der vom Boden des neuen Rechtes aus zu gewinnenden Lösung führen kann. Indem er so auf Grund einer Abstellung auf die jeweiligen Lebensverhältnisse [36]) zwar bei der

---

28) s. oben S. 34.
29) Dahm, a.a.O. S. 403.
30) Dahm, a.a.O. S. 407.
31) Henkel, ZStW. 54 S. 38.
32) Dahm, a.a.O. S. 407.
33) ZStW. 54 S. 38.
34) Dahm, a.a.O. S. 401 ff.
35) a.a.O. S. 404.
36) a.a.O., S. 404; vgl. DStrR. 1935 S. 264.

grundsätzlichen Geltung des Legalitätsprinzips verbleibt, im übrigen aber für einzeln bezeichnete Gruppen von Delikten in weitgehendem Maße das Opportunitätsprinzip zuläßt, hat er den Weg zu einer sachgemäßen Regelung des Fragenkreises gewiesen.

Zu einem grundsätzlich gleichen Ergebnis wie Dahm sind mit Ausnahme Siegerts[37]) alle anderen Autoren gekommen, wenn sie auch die aufgeworfenen Fragen nicht gleich eingehend untersucht haben. So will Schaffstein[38]) ebenfalls nur die Verknüpfung des Legalitätsprinzips mit dem liberalen Parteigedanken beseitigen, im übrigen „stehe aber seiner grundsätzlichen Geltung die aus mancherlei Gründen notwendige und zu erwartende Erweiterung des Opportunitätsprinzips nicht entgegen". Ebenso sind Freisler[39])[40]), Schäfer[41]), Exner[42]) und Henkel[43]) zwar für weitgehende Auflockerung des Legalitätsprinzips, aber für seine grundsätzliche Beibehaltung.

Entspricht diese Ansicht schon der bisherigen Rechtsentwicklung, so findet sie ihre Bestätigung in den soeben erschienenen Veröffentlichungen der amtlichen Strafrechtskommission. Hier ist — neben der Möglichkeit des richterlichen Absehens von Strafe — auch Opportunität in beträchtlichem Maße vorgesehen, aber nur bei bestimmten Delikten. Die Begründungen lassen sogleich erkennen, daß darüber hinaus eine allgemeine Erweiterung für das neue Strafverfahrensrecht nicht erwogen wird, sondern nur eine solche auf größere, generell erfaßte Deliktsgruppen[44]).

II. Nachdem so die Frage im Grundsätzlichen schon entschieden ist, hat sich die weitere Untersuchung auf die vorgeschlagenen einzelnen Anwendungsfälle des Opportunitätsprinzips, ihre Bedeutung und ihre Funktion zu beschränken. Erklärlicherweise bestehen über gewisse Anwendungsfälle zwischen einzelnen Autoren Meinungsverschiedenheiten, im ganzen aber ist der Katalog sehr einheitlich.

1) Die größte Bedeutung wird auch im zukünftigen Verfahren das Opportunitätsprinzip in den Fällen der Geringfügigkeit haben. Allgemein wird eine Auflockerung des Legalitätsprinzips für die gesamte kleine und mittlere Kriminalität vorgeschlagen[45]). Da die bisherige Unterscheidung von Verbrechen, Vergehen und Übertretungen in Wegfall kommt, so werden hierunter mit E. Schäfer[46]) die Taten zu verstehen sein, die im Höchstfalle mit Gefängnis

37) ZStW. 54 S. 25.
38) DR. 1935 S. 520.
39) DStrR. 35 S. 228 ff., 232.
40) So auch Niederreuther, DStrR. 1936 S. 166 (173).
41) DStrR. 1935 S. 247 f. (251).
42) ZStW. 54 S. 8.
43) ZStW. 54 S. 38.
44) Gürtner: Bericht I, S. 180 (L. Schäfer), S. 106 (Nagler), S. 163, (L. Schäfer), S. 197 (v. Gleispach).
45) Dahm, a.a.O., S. 404; Exner, a.a.O. S. 8; Freisler, S. 232.
46) a.a.O. S. 251; vergl. oben S. 81.

bedroht sind. Die Grenze würde danach über den Kreis der eigentlichen minima hinausreichen und weiter als im jetzigen § 153 Abs. 2 gezogen werden. Dieser Opportunitätsbereich wird daher, wie Dahm [47]) hervorhebt, keineswegs mit den weniger zahlreich vorgesehenen „besonders leichten Fällen" zusammenfallen, die ein Absehen von Strafe ermöglichen.

In Anbetracht der klaren Verantwortungsabgrenzung im künftigen Strafverfahrensrecht wird die Ermessensfreiheit allein von der Staatsanwaltschaft wahrgenommen werden, die jetzige richterliche Zustimmung nach § 153 Abs. 2 wird in Wegfall kommen [48]). Ob dieser Gesichtspunkt auch für die gerichtliche Einstellung wegen Geringfügigkeit gelten und also hier eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nicht mehr stattfinden soll, erscheint zweifelhaft. Wohl muß man der Tätigkeit des Gerichtes grundsätzlich das gleiche Vertrauen entgegenbringen [49]). Andererseits besteht jedoch die Gefahr, daß von der Gerichtspraxis der Wunsch der Staatsleitung nach Verfahrensdurchführung — der sich im Rahmen des Opportunitätsprinzips je nach den zeitlichen Umständen in sehr verschiedenem Maße geltend machen kann — nicht genügend beachtet wird [50]). Es wird hier erforderlich, den bereits gekennzeichneten Gegensatz zwischen Einstellung und richterlichem Absehen von Strafe zu beachten [51]). Bei dem Absehen als Form der ordentlichen Rechtsprechung kommt eine staatsanwaltschaftliche Beteiligung nicht in Frage; bei der gerichtlichen Einstellung, die ja den erst während der Befassung des Gerichtes erkennbar gewordenen Opportunitätsgründen noch Geltung verschaffen soll, muß die Staatsanwaltschaft eine Mitwirkungsbefugnis behalten.

2) Außerhalb dieses auch in Zukunft wichtigsten Bereiches wird das Opportunitätsprinzip in den anderen, bisher bereits geregelten Fällen in Anwendung bleiben, zum Teil wohl in erweiterter Form. Die in den derzeitigen §§ 154, 154 a für das Zusammentreffen mehrerer, verschieden schwerer Straftaten getroffene Regelung wird künftig, in Legalisierung der bereits eingeschlagenen Praxis [52]), eine Unterlassung der Anklage auch bei Einzeldelikten einer fortgesetzten Handlung sowie allgemein bei abtrennbaren Teilen einer Einzeltat zulassen [53]). Schwarz [54]) regt ferner an, aus dem gleichen Gesichtspunkte auch bei Tateinheit die Nichtberücksichtigung weniger wichtiger Verfehlungen zu ermöglichen. Mittels dieser Befugnisse kann eine größtmögliche Konzentration und Beschleunigung

47) Dahm, a.a.O., S. 405.
48) Freisler, a.a.O. S. 232; E. Schäfer, a.a.O. S. 249; Dahm, a.a.O. S. 404 Anm. 18; vgl. Lehmann, DJ 1935 S. 1004 und Freisler in Jahrb. d. dt. R. 1935, S. 52.
49) Freisler, a.a.O., S. 232, 245.
50) Freisler, a.a.O.
51) Dahm, S. 404; vgl. oben S. 5/6.
52) Vgl. oben S. 64 Anm. 12.
53) E. Schäfer, a.a.O. S. 251; Schwarz, Handb. S. 1479.
54) a.a.O.

des Verfahrens erreicht werden. Staatsanwaltschaft und Gericht können, ohne Zeit und Kraft zu vergeuden, sich auf das Wesentliche der Sache beschränken. Besondere Bedeutung wird diese Erweiterung des Opportunitätsprinzips für die Sensations- und Monstreprozesse gewinnen, die im Weimarer Staat zu einer Krankheit der Rechtspflege ausgewachsen waren[55]). Hat nach dem Zeugnis von Siegert[56]) auch schon die bloße Änderung der Geisteshaltung dem ein Ende gesetzt, so muß diese den Rahmen des § 154 sprengende Rechtsentwicklung doch eine gesetzliche Grundlage finden. Die Auflockerung der „gerichtlichen Legalität" ist hierbei vielleicht noch wichtiger als die der staatsanwaltschaftlichen Legalität. Die staatsanwaltschaftliche Zustimmung zur gerichtlichen Einstellung wird aus den eben bei 1) angeführten Gründen bestehen bleiben. Die bisherige Regelung des § 154 Abs. 3—5 wird aber zweckmäßig eine Abänderung dahin erfahren, daß das Gericht in Zusammenwirkung mit der Staatsanwaltschaft auch während des weiteren Verfahrens jederzeit die Möglichkeit behält, auf die abgetretenen Teile zurückzugreifen[57]).

3) Ein weiterer Anwendungsbereich des Opportunitätsprinzips ist wie bisher bei allen Straftaten gegeben, die ein ausländisches Interesse berühren, insbesondere bei den im Ausland begangenen Straftaten.

Das neue Strafrecht wird für letztere an Stelle des bisherigen § 4 StGB. allgemein das Personalprinzip bringen[58]) [59]); außerdem wird es wohl in einer dem § 6 des EADStGB. von 1930 entsprechenden Regelung für alle Verbrechen, die sich gegen den Bestand der völkisch-staatlichen Gemeinschaft und gegen die wichtigsten Funktionen der Staatstätigkeit richten, das Realprinzip einführen (vgl. ferner § 5 Abs. 2 EADStGB.). Wie in den bisherigen Entwürfen werden diese grundlegenden Bestimmungen über die räumliche Geltung dem materiellen Rechte verbleiben, während — nach Reimer[60]) — die die Verfolgung regelnden Vorschriften ins Verfahrensrecht übernommen werden, wohin sie ja auch gehören.

Bei dieser weitreichenden Anwendbarkeit des deutschen Strafrechtes auf Auslandsdelikte ist das Opportunitätsprinzip umso mehr als Korrektiv notwendig, um den sich hieraus ergebenden zwischenstaatlichen Schwierigkeiten begegnen zu können und die Verfolgung auf die Fälle zu beschränken, in denen das öffentliche Interesse sie wirklich gebietet[61]). In vielen Fällen werden Gründe der hohen Politik einer Verfolgung entgegenstehen. Die Staatsanwalt-

55) Feisenberger: DJZ. 1928 S. 1235.
56) ZStW. 54 S. 17.
57) Schwarz, a.a.O.
58) Reimer bei Gürtner, Bericht I, S. 224.
59) Im Falle der Rassenschande hat die Rechtsprechung schon den Rahmen des § 4 StGB. gesprengt.
60) s. Anm. 58.
61) Reimer, a.a.O.

schaft muß deshalb hier im Benehmen mit den zur Beurteilung dieser Fragen berufenen staatlichen Stellen über die Verfolgung entscheiden und diesen dabei einen maßgeblichen Einfluß einräumen. Im einzelnen wird dies durch interne Anweisungen des Reichsjustizministers geregelt werden. Dort, wo besonders heikle außenpolitische Belange zu entscheiden sind, z. B. für die von Ausländern begangenen Auslandsstraftaten (vgl. § 4 Abs. 3 BGB.) und die „verräterische Volksentfremdung", wird das Opportunitätsprinzip in der Form der Ermächtigung des RJM. gelten [62]).

Wo für Inlandstraftaten von Ausländern fakultative Verfolgbarkeit vorgesehen ist (§ 154a StPO., § 5 Abs. 2 EhegesG., § 16 Abs. 2 BlutSchGes.), werden diese Bestimmungen in Geltung bleiben.

Es wäre zu überlegen, ob nicht entsprechend § 154b Entw. EG. z. ADStGB. auch bei Straftaten, die zur Zeit ihrer Begehung der deutschen Gerichtsbarkeit noch nicht unterworfen waren (Diplomatendelikte), die Verfolgungsvoraussetzung der ministeriellen Ermächtigung am Platze wäre.

4) Das Opportunitätsprinzip wird künftig auch für die Frage der zeitlichen Dauer der Strafbarkeit Bedeutung erlangen. Aus dem Gesichtspunkte der Ablehnung des „Strafanspruchs" heraus wird die jetzige Verjährung in Wegfall kommen. Indessen wird auch für das neue Strafrecht der Zeitablauf nicht ohne Einfluß auf die Strafverwirklichung bleiben. Die Frage wird aber künftighin nicht mehr im materiellen Recht, sondern bei der Strafverfolgung ihre Regelung finden. Es ist vorgesehen, nach einem gewissen, je nach der Schwere der Delikte verschieden bemessenen Zeitraum des Verfolgungszwanges die Verfolgung in das Ermessen der Staatsanwaltschaft zu stellen [63]). Nach Reimer [64]) soll nur bei todeswürdigen Verbrechen dauernder Verfolgungszwang gelten, während bei Zuchthausdelikten die Zeit des Verfolgungszwanges auf 5 Jahre bemessen sein soll. Bei der mittleren und kleinen Kriminalität soll der Verfolgungszwang nur 3 Jahre währen, und nach weiteren 10 Jahren der Verfolgungsmöglichkeit soll sogar ein Verfolgungsverbot eingreifen.

Auch hier wird dem Ermessen der Staatsanwaltschaft hinfort eine große Bedeutung zufallen.

Die heutige Strafvollstreckungsverjährung wird in der neuen Strafvollstreckungsordnung eine ähnliche Regelung finden.

5) Außerhalb der vorerwähnten, generell umschriebenen Fälle wird das Opportunitätsprinzip bei einer größeren Anzahl einzelner Delikte zur Anwendung kommen.

Vor allem wird das bei den sogenannten politischen Delikten, die ein besonderes innerpolitisches Staatsinteresse berüh-

62) Nagler bei Gürtner, Bericht II, S. 107.
63) Reimer bei Gürtner, Bericht I, S. 249; Freisler, DStrR. 35 S. 288.
64) a.a.O.

ren, künftighin in viel ausgedehnterem Maße als auf Grund der bisherigen Reform der Fall sein. Von der amtlichen Strafrechtskommission sind etwas mehr als 20 Delikte vorgesehen[65]). Hierunter werden u. a. Angriffe auf die Ehre des deutschen Volkes oder der Bewegung, auf die Ehre des Führers, eines Mitgliedes der Reichsregierung oder eines hohen Amtsträgers der Bewegung sowie der Wehrmacht, Beschimpfung und Beschädigung nationaler Symbole und Entweihung von Ehrenmalen, schließlich auch die wichtige Strafbestimmung über „heimtückische Angriffe auf Volk und Staat", die den § 1 Heimtückegesetz ersetzt, zu rechnen sein. Außerdem zählen eine Reihe von landesverräterischen Delikten hierher (Preisgabe von Staatsgeheimnissen, verräterische Bestechung, Verrat an Volksgenossen und mittelbare Herbeiführung einer Kriegsgefahr)[66]). Es muß bei sämtlichen Delikten aus den schon erörterten Gründen[67]), genau so wie bei denen, die die Außenpolitik berühren, die Möglichkeit bestehen, die Verfolgung zu beschränken, um unerwünschten Strafverfahren aus dem Wege zu gehen. Auch in Zukunft soll — nach dem Zeugnis des Sachbearbeiters E. Schäfer[68]) — das Opportunitätsprinzip außerdem bei gewissen Delikten, die einer scharfen tatbestandlichen Umgrenzung nicht zugänglich sind, die Funktion der Tatbestandskorrektur erfüllen und so einer zu weitgehenden Anwendung dieser Bestimmungen vorbeugen. Wenn bei einigen Delikten, z. B. der „weisungswidrigen Amtsführung im auswärtigen Dienst", diese Funktion sichtlich der Hauptzweck des Opportunitätsprinzips ist, so dürfte nicht zu verkennen sein, daß sie auch bei anderen Delikten neben der eigentlichen Opportunitätsfunktion, von dieser meist nicht klar unterschieden, noch zur Geltung kommt.

Da bei sämtlichen genannten und den ihnen gleichstehenden Straftaten die politische Ermessensentscheidung nie allein Sache der zuständigen Staatsanwaltschaft sein kann, sondern den zur Beurteilung der fraglichen politischen Belange berufenen Stellen in Partei und Staat vorbehalten bleiben muß, wird das Opportunitätsprinzip auch hier in der Form einer Prozeß- und Urteilsvoraussetzung eingeführt. Die Strafrechtskommission ist aber (nach Ernst Schäfer) von der bisher angebahnten Regelung, die Verfolgung von einem Antrag oder Verlangen der betreffenden Stelle abhängig zu machen, wieder abgekommen[69]) und hat allgemein eine „Anordnung des Reichsministers der Justiz" vorgesehen. Natürlich wird der Reichsjustizminister seinerseits in engster Fühlungnahme mit den in erster Linie berührten Staats- oder Parteiinstanzen entscheiden. Dieses für den nationalsozialistischen Gesetzgeber selbstver-

65) E. Schäfer, a.a.O., S. 560 ff.
66) Vgl. bei Gürtner, Bericht II, S. 128, S. 85, 111.
67) Vgl. oben S. 71 ff.
68) a.a.O., S. 562/63.
69) Allerdings nach dem jetzigen Ergebnis der Beratungen nicht bei dem „Entweichen behördlich Verwahrter". — § 122 b StGB.

ständliche Einvernehmen ist im Gegensatz zur jetzigen Gesetzestechnik nicht ausdrücklich genannt, „damit nicht der irrigen Meinung Vorschub geleistet wird, als unterstände das verwaltungsrechtliche Internum einer gerichtlichen Nachprüfung“ [70]).

Es ist allerdings nicht klar ersichtlich, ob danach die autonome Befugnis der Bewegung, zu verzeihen und Verfolgung zu erheischen, deren Notwendigkeit nach Freisler [71]) von der Strafrechtskommission anerkannt worden ist, prozessual überhaupt nicht mehr in Erscheinung treten soll.

Neben dieser positiven Prozeßvoraussetzung der „Anordnung des RJM.“ ist bei einigen Delikten auch die abweichende Fassung in Vorschlag gebracht worden, daß „die Tat nicht verfolgt werden dürfe, wenn der RJM. anordnet, daß die Verfolgung unterbleibe“[72]). Hierdurch soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Verfolgung den Regelfall bilden soll, die untere Strafverfolgungsbehörde also ohne weiteres zum Einschreiten befugt ist und die Gerichte sich mit der Klage befassen können, soweit nicht ausnahmsweise der Widerspruch des RJM. erfolgt. Diese Fassung der Opportunität hat also die Bedeutung einer negativen Prozeß- und Urteilsvoraussetzung [73]).

Für beide Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen werden die bereits entwickelten Regeln gelten [74]). Da insbesondere die Zurücknahme zulässig ist, bedarf es keiner gerichtlichen Einstellungsbefugnis.

6) Eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Opportunität wird weiterhin die Ausschaltung der Beteiligung Privater im Strafverfahren zur Folge haben. Sowohl aus der Ablehnung des Gedankens eines „Strafanspruchs“, wie aus der grundsätzlichen Abkehr von individualistischen Tendenzen im Verfahren heraus erscheint es für den heutigen Staat nicht mehr tragbar, daß das Vorgehen seiner Verfolgungsbehörden von dem Willen eines Einzelnen schlechthin abhängig ist [75]). Träger der Sühnefunktion des Strafrechts ist ausschließlich der Staat selbst [76]). Es ist vor allem im materiellen wie im prozessualen Recht kein Raum mehr für einen Strafantrag des Verletzten [77]). Die Frage, welche Verfahrensregelung an Stelle dieser Prozeßvoraussetzung treten soll, wird dabei nach den Gründen zu entscheiden sein, die für die Einführung maßgeblich waren. Innerhalb der Antragsdelikte des geltenden Rechts lassen sich dabei zwei verschiedene Gruppen unterscheiden:

---

70) E. Schäfer, a.a.O., S. 542.
71) bei Gürtner Bericht II, S. 71; DStrR. 1936 S. 65 ff.; vgl. oben S. 75.
72) E. Schäfer, a.a.O., S. 563.
73) E. Schäfer, a.a.O.
74) Vgl. oben S. 75.
75) Dahm, a.a.O. S. 405; Freisler, DStrR. 1935 S. 231; Siegert, a.a.O. S. 20; E. Schäfer bei Gürtner, Bericht II, S. 564 und DStrR. 1935 S. 256.
76) Freisler, a.a.O.
77) Wie Anm. 75.

a) Bei der einen Gruppe ist die Verfolgung zwar vom Standpunkt der Gemeinschaft aus an sich erwünscht, aber mit Rücksicht auf die einer verfahrensmäßigen Erörterung der Straftat entgegenstehenden Interessen des Verletzten in dessen Willen gestellt. Es handelt sich hierbei um Delikte gegen Sittlichkeit und Familie, deren Offenbarung Ehre und Ruf des Verletzten erheblich beeinträchtigen könnte (§§ 170, 172, 182, 236/37 StGB.), ferner um die sog. Verwandtendelikte (§§ 247 Abs. 1, 263 Abs. 5, 294), wo eine Störung des Familienfriedens zu befürchten ist, sowie um einige andere (z. B. §§ 301, 302) [78]).

Die hier geschützten Belange des betroffenen Einzelnen sind auch für den nationalsozialistischen Staat nicht derart unbeachtlich, daß er ohne weiteres über sie hinweggehen könnte. Die Einführung eines reinen Verfolgungszwanges steht somit nicht in Frage. Aus der Auffassung von der Gliedstellung des Einzelnen in der Gesamtheit ergibt sich vielmehr, daß die Ansicht des Betroffenen bei der Prüfung der Frage, ob die Strafverfolgung tunlich erscheint, in Erwägung zu ziehen ist und häufig sogar bestimmend sein wird. Nur muß der Staat notfalls auch über den entgegenstehenden Willen des Einzelnen hinweggehen können; das Antragserfordernis wird daher durch das Opportunitätsprinzip ersetzt werden [79]).

Der Staatsanwalt wird hier seine Ermessensentscheidung erst fällen, wenn er den Verletzten selbst gehört und nach dessen Angaben die Umstände genauestens gewürdigt hat. Die amtliche Strafrechtskommission hat deshalb vorgeschlagen, diese Gruppe von Delikten im künftigen StGB. durch den Zusatz zu kennzeichnen, „daß vor der Entscheidung über die Verfolgung der Verletzte zu hören ist“ [80]) [81]).

Die eigentliche Festlegung der Opportunität wird als Frage des künftigen Strafverfahrens zusammen mit den näheren Verfahrensbestimmungen dort geregelt werden.

Diese äußere Regelung wird hier ebenfalls je nach der Bedeutung der einzelnen Delikte ihre Ergänzung durch interne Richtlinien finden, z. B. wird bei einigen die vorherige Einholung der Entscheidung der übergeordneten Stelle vorgeschrieben werden [82]). Beim Ehebruch wird es eine interne Anweisung sogar untersagen, entgegen dem Willen des verletzten Ehegatten zu verfolgen. Die zuerst in erster Lesung vorgesehene Beibehaltung des Antrags wollte man aus systematischen Gründen doch durch die Opportunität ersetzen [83]).

b) Bei der zweiten Gruppe der Antragsdelikte besteht kein unmittelbares Interesse der Gemeinschaft an der Strafverfolgung;

78) Vgl. E. Schäfer bei Gürtner, a.a.O.
79) Freisler, a.a.O.; Bung, DR. 1935 S. 274; E. Schäfer, a.a.O.
80) E. Schäfer, a.a.O.
81) Vgl. Gürtner: Bericht II, S. 163 (L. Schäfer) S. 197 (v. Gleispach).
82) E. Schäfer, a.a.O., S. 565.
83) Vgl. Lorenz bei Gürtner Bericht II, S. 191; Bung, DR. 1935 S. 274.

diese wird vielmehr in den Dienst des Einzelnen gestellt [84]). Hierhin gehören Delikte wie leichte Körperverletzung, Beleidigung, Sachbeschädigung (§§ 123, 185 ff., 303) und außerdem Notentwendung (§ 248 a), Notbetrug (§ 264 a), Mundraub (§ 370 Ziff. 5). Bei den meisten bleibt es zugleich grundsätzlich dem Verletzten überlassen, im Wege der Privatklage vorzugehen.

Im neuen Strafverfahren wird für die Privatklage noch viel weniger Raum sein als für das Antragserfordernis. Einer Privatperson kann nicht das Recht zugestanden werden, in der gleichen Weise wie die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren einzuleiten und zu betreiben [85]).

Schon in der bisherigen Rechtsentwicklung hatte sich die Notwendigkeit einer Zurückweisung der Privatklagen herausgestellt, war doch bisher in sehr vielen Fällen das Gericht genötigt gewesen, sich mit belanglosen Angelegenheiten allerpersönlichster Art zu befassen. Dem war durch Schaffung der Einstellungsmöglichkeit nach Kap. I § 7 NotVO. vom 6. 10. 1930 Rechnung getragen worden.

Das Opportunitätsprinzip böte die einfachste Möglichkeit, in Zukunft diese Mißstände auszuschließen. Wenn die Staatsanwaltschaft allerdings wie bisher gemäß § 374 StPO. nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses eingriffe, würden an sich berechtigte Belange des Verletzten vielfach ohne Schutz bleiben.

Niederreuther [86]) bringt deshalb in Vorschlag, hier entsprechend § 38 JGG. die öffentliche Klage auch dann zu erheben, wenn ein „berechtigtes Interesse des Verletzten" vorliegt. Eine befriedigende Lösung verspricht dieser Vorschlag indessen nicht. Die notwendige Ausscheidung bagatellmäßiger Delikte wird für den Einzelnen stets eine Quelle der Unzufriedenheit bleiben.

Die amtliche Strafrechtskommission hat deshalb nur für einen Teil dieser Delikte gleichfalls Opportunitätsprinzip und Anhörungszwang vorgesehen; für die wichtigsten derzeitigen Privatklagedelikte, nämlich Beleidigung, leichte und fahrlässige Körperverletzung, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch und Verletzung des Geheimnisschutzes, hat sie in Anlehnung an Vorschläge von Freisler [87]) und Lehmann [88]) den neuen Weg einer sachlichen und verfahrensmäßigen Abtrennung der nicht kriminellen Verstöße in einem friedensrichterlichen Verfahren vorgesehen [89]).

Die weitaus meisten Handlungen, die formell unter den Tatbestand eines dieser Privatklagedelikte fallen, stellen ja gar kein wirklich kriminelles Unrecht dar und verdienen daher auch nicht kriminelle Strafe. Hier kommt es im Interesse des inneren Friedens

84) Dahm, a.a.O. S. 405; E. Schäfer a.a.O., S. 564.
85) Dahm, a.a.O.; E. Schäfer, a.a.O.; Lehmann, DStrR. 1935 S. 298; Freisler, DStrR. 1935 S. 231.
86) ZdAkad. 1936 S. 121/25.
87) DStrR. 1935 S. 235.
88) a.a.O.
89) E. Schäfer, a.a.O. S. 567; DStrR. 1935 S. 256.

der Volksgemeinschaft lediglich darauf an, daß durch eine schnelle und autoritative Entscheidung einer mit Schlichtungsgewalt versehenen staatlichen Stelle den betroffenen Volksgenossen Genugtuung und Schutz verschafft wird. Diese Unterscheidung kann aber niemals durch eine tatbestandliche Erfassung, sondern nur durch eine Wertung nach dem Einzelfall erfolgen.

Die Abtrennung soll deshalb durch die Staatsanwaltschaft erfolgen. Für deren Entscheidung kann nicht mehr maßgeblich sein, ob ein öffentliches Interesse verletzt wird, sondern nur, „ob das gesunde Volksempfinden eine Kriminalstrafe fordert“ [90]). Wenn der Staatsanwalt diese Frage bejaht, erhebt er Anklage vor dem Strafgericht. Wenn er sie verneint, so verweist er den Verletzten an den Friedensrichter. Umgekehrt wird letzterer auch eine vor ihn gebrachte Sache an den Staatsanwalt verweisen, wenn er sie als wirklich kriminell ansieht.

Das friedensrichterliche Verfahren soll nichtöffentlich und so elastisch und locker wie nur möglich gestaltet sein. Der Friedensrichter wird eine Reihe von Befugnissen haben, um mit dem Friedensspruch die Sache endgültig zu regeln und dabei auch die zivilrechtlichen Folgen zu bereinigen. — Die äußere Kenntlichmachung soll bei den betreffenden Delikten durch den Zusatz erfolgen, daß das Verfahren vor dem Friedensrichter zulässig ist. Die eigentliche Regelung wird einer besonderen „Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung“ vorbehalten bleiben, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann [91]).

Es wird hier also ein durch Verkoppelung mit einem Sonderverfahren eigentümlich ausgestaltetes Opportunitätsprinzip herrschen. Insoweit besteht eine Ähnlichkeit mit der Verfolgungsregelung im Wirtschaftsrecht [92]). Die Zweckrichtung des staatsanwaltschaftlichen Ermessens ist einmal die Ausschaltung von Bagatellen. Hiermit ist zugleich untrennbar die Funktion der Tatbestandskorrektur verbunden, ja diese ist die eigentlich entscheidende. Denn das für die Ausrichtung maßgebliche Moment des „gesunden Volksempfindens“ ist zwar ein dehnbarer, aber doch der Idee nach feststehender Begriff. Es zeigt sich hier zugleich, daß mit der Erweiterung der Aufgaben des staatsanwaltschaftlichen Ermessens auch eine Angleichung des gebundenen an das freie Ermessen stattfindet [93]).

III. Mit dieser Aufzählung dürfte der künftige Bereich des Verfolgungsermessens erschöpfend gekennzeichnet sein. Er ist derart weitgreifend, daß von einer Ausnahmegeltung nicht mehr die Rede sein kann, sondern nur von einem Nebeneinander beider Ver-

90) E. Schäfer bei Gürtner Bericht II, S. 569.
91) Vgl. dazu Lehmann, a.a.O.; E. Schäfer, a.a.O. und DJZ. 1936 S. 408 ff. und Niederreuther, DStrR. 1935 S. 311.
92) Vgl. oben S. 77.
93) Vgl. S. 3, auch S. 79.

folgungsgrundsätze. Damit kann keinem von ihnen mehr der Rang eines beherrschenden Prinzips zugesprochen werden. Die bisherige doktrinäre Behandlung des Fragenkreises ist nach Überwindung der politischen und geistigen Ursachen durch eine sachgemäße Betrachtung abgelöst worden; die Entwicklung ist wieder auf den Weg gelangt, den die ursprüngliche unbefangene Auffassung einschlagen wollte und den z. B. Sundelin [94]) klar gewiesen hat: den einer gesetzlich geregelten Aufteilung nach den sachlichen Erfordernissen der Rechtspflege.

Wenn das Legalitätsprinzip dabei auch noch einen erheblich größeren Raum einnehmen wird, so hat sich doch sein Charakter grundlegend geändert. Es hat nicht mehr die Bedeutung einer Bindung der Staatsgewalt und Sicherung der Rechtsgleichheit, sondern es erscheint als eine natürliche Funktionszuweisung [95]) an ein Staatsorgan. Es wird deshalb auch nur noch durch die Aufsicht der vorgesetzten Stelle gewährleistet; das Klageerzwingungsverfahren wird beseitigt werden [96]). Seinem Inhalte nach ist das Prinzip nicht mehr auf eine bloße Anwendung des Straf„gesetzes" gerichtet, es verpflichtet vielmehr den Staatsanwalt gemäß dem Willen der Reichsführung allgemein zur Verfolgung strafwürdiger Handlungen [97]). Es hat also mit formaler „Legalität" im Grunde nichts mehr zu tun [98]) und wird daher in Zukunft besser als Grundsatz des „Verfolgungszwanges" bezeichnet.

Im Laufe der Untersuchung ist mehrfach zutage getreten, daß das Verfolgungsermessen der Staatsanwaltschaft (bezw. der damit betrauten Stellen) mit seiner zunehmenden Ausdehnung nicht auf eine Wahrnehmung der eigentlichen „Opportunität" beschränkt geblieben ist und auch fernerhin mannigfache Aufgaben erfüllen wird, die aus diesem engeren Rahmen herausfallen. Statt des alten, so nicht mehr ganz zutreffenden Namens „Opportunitätsprinzip" erscheint die neutrale Bezeichnung „Verfolgungsmöglichkeit" oder „Verfolgungsfreiheit" für diesen Verfahrensgrundsatz besser angebracht.

Voraussetzung für die weitgehende Gewährung eigenverantwortlichen Ermessens bei der Strafverfolgung ist, daß dem Staate eine reichseinheitlich aufgebaute und von einheitlichem Rechtsdenken getragene Strafverfolgungsbehörde zur Verfügung steht. Für die praktische Bewährung dieser Handlungsfreiheit in der Rechtspflege wird letzten Endes entscheidend sein, ob die Staatsanwaltschaft sie in lebensnaher und gemeinschaftsmäßiger Weise ausübt.

---

94) Vgl. oben S. 11.
95) Freisler, DStrR. 1935 S. 232.
96) Freisler, a.a.O. S. 245; E. Schäfer, DStrR. 1935 S. 251.
97) Vgl. oben S. 34.
98) Dahm, a.a.O. S. 405.

LEBENSLAUF.

Am 8. Juli 1912 wurde ich, Werner Stratmann, als Sohn des Lyzeal-Oberlehrers Wilhelm Stratmann und seiner Ehefrau Klara geb. Werner in Remscheid geboren; ich bin evangelisch. Nach den Grundschuljahren besuchte ich von Ostern 1922 ab das Reform-Realgymnasium meiner Heimatstadt, wo ich am 3. März 1931 das Reifezeugnis erhielt. Um Rechtswissenschaft zu studieren, bezog ich dann für 2 Semester die Universität zu Freiburg i. Br. Je ein weiteres Studiensemester verbrachte ich an den Universitäten zu Kiel und Paris und die restliche Studienzeit an der Universität in Bonn.

Am 13. September 1935 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt am Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. November 1935 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 15. Oktober 1937 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn ab.